

UNIVERSITÉ DE PARIS. — FACULTE DE DROIT

LE
DIVORCE
EN SUISSE

THÈSE POUR LE DOCTORAT

*L'acte public sur les matières ci-dessus sera soutenu
le mercredi, 9 novembre 1910, à 3 heures.*

PAR

H. LAURENT

Président : M. ALBERT TISSIER

<i>Suffragants</i>	{ M. MASSIGLI. M BARTIN.	<i>Professeurs.</i>
--------------------	-----------------------------	---------------------

PARIS
IMPRIMERIE ET LIBRAIRIE CH. NOBLET

13, RUE CUJAS. 13

—
1910

LE
DIVORCE EN SUISSE

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation
aux opinions émises dans les thèses; ces opinions doivent être
considérées comme propres à leurs auteurs.

UNIVERSITÉ DE PARIS. — FACULTÉ DE DROIT

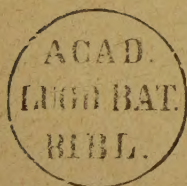
LE
DIVORCE
EN SUISSE

THÈSE POUR LE DOCTORAT

*L'acte public sur les matières ci-dessus sera soutenu
le mercredi, 9 novembre 1910, à 3 heures.*

PAR

H. LAURENT



Président : M. ALBERT TISSIER.

Suffragants { *M. MASSIGLI.*
M. BARTIN. } *Professeurs.*

PARIS
IMPRIMERIE ET LIBRAIRIE CH. NOBLET
13, RUE CUJAS, 13

1910

BIBLIOGRAPHIE

- BARILLIET. — Leçons sur l'état civil, le divorce et le mariage. Paris et Genève, 1879.
- BARTHOUD. — Autour du Divorce. Nouvelle Revue. Paris, 15 décembre 1902.
- BERTILLON. — Etude démographique du divorce et de la séparation de corps dans les différents pays de l'Europe.
- FAGUET. — Le krach du divorce (14 décembre 1901). Répudiation (15 novembre 1902). Autour du mariage et du divorce (27 décembre 1902). Revue bleue.
- G. GRIMOT. — La question du divorce en 1903.
- GLASSON. — Mariage et divorce dans les principaux pays de l'Europe. Paris, 1879.
- HITIER. — Développement de la jurisprudence en matière de divorce. Revue de l'Enseignement supérieur de Grenoble. 1894.
- E. LEHR. — Mariage, divorce et séparation de corps dans les principaux pays civilisés. Paris, 1899.
- P. et V. MARGUERITTE. — Mariage et divorce. Paris, 1900.
- ROGUIN. — Traité de droit civil comparé. Paris, 1904.
- J. SIMON. — Les causes de divorce en législation comparée. Revue de l'Institut de droit comparé. Paris, 1908.

- A. TISSIER. — Rapport sur la question de l'extension des causes du divorce. Bulletin de la Société d'études législatives. Paris, 1906.
- LYON-CAEN. — Etude sur le divorce en Autriche. Paris, 1882.
- ANTHOINE DE SAINT-JOSEPH. — Concordance entre les codes civils étrangers et le code Napoléon. 2^e édition. Paris, 1856.
- BIPPERT. — Code civil du canton de Vaud. Lausanne. 1876.
- GRENIER. — Le régime matrimonial d'après les coutumes vaudoises. Recueil inaugural de l'Université de Lausanne. Lausanne, 1898.
- DE LA GRASSERIE. — Code civil du canton des Grisons. Paris, 1893.
- JACOTTET. — Manuel de droit civil neuchatelois. Neuchatel.
- ROSSEL. — Manuel de droit civil de la Suisse romande. 1886.
- E. HUBER. — System und Geschichte des schweizerischen Privatrecht. Bâle, 1886-1893.
- A. MARTIN. — Commentaire de la loi fédérale concernant l'état civil et le mariage. Genève, 1897.
- BUOMBERGER. — Les divorces en Suisse. Fribourg, 1902.
- P. CLERGET. — La Suisse au XX^e siècle. Paris, 1908.
- MAXIME LEROY. — L'Avant-projet de code civil suisse. Revue de Paris, décembre 1902.
- MENTHA. — Mémoire relatif à la revision de la loi fédérale sur l'état civil, le mariage et le divorce.
- RENAULT. — Le divorce dans le projet de code civil suisse. La Revue (Suisse), 18 mai 1901.
- F. ROME. — L'Avant-projet de code civil suisse. France judiciaire. Paris, 1903.
- Code civil suisse. — Avant-projet du département fédéral de justice et de police.
- Exposé des motifs (E. HUBER). Berne, 1901.

Schweizerisches civilgesetzbuch Expertenkommission. —
Berne, 1904.

Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale concernant le projet de code civil suisse. 28 mai 1904.

ROSSEL et MENTHA. Manuel du droit civil suisse. Lausanne, 1910.

AVANT PROPOS

Établi en France par une loi du 20 septembre 1792, modifié en 1804, supprimé par la Restauration (loi du 8 mai 1816) et rétabli enfin par une loi du 27 juillet 1884, le divorce semble définitivement entré dans nos mœurs comme dans notre code.

Il nous paraît superflu de rappeler ici la lutte que Naquet eut à soutenir pour faire triompher le projet auquel désormais son nom reste attaché. Cette loi peut-elle être considérée comme la meilleure qui soit ? Les avis sont plus que jamais partagés.

Parmi les juristes qui se sont occupés de la question, les uns demandent la restriction du divorce : ce sont ceux-là même qui, partisans du régime antérieur à 1884, n'ont pas admis la rupture du lien conjugal sans de fort vives protestations. Les autres, au contraire, médiocrement

satisfaits par l'extension, cependant très large, donnée aux causes de dissolution de mariage par la jurisprudence, réclament l'élargissement des mesures établies. Au nombre de ces derniers, M. Henri Coulon a proposé un système assez voisin de celui du code de 1804, rétablissant le divorce par consentement mutuel, en supprimant plusieurs des garanties dont on l'avait entouré sous cette forme.

La question est tombée dans le domaine de la presse et de la littérature. Mettant en jeu des motifs purement sentimentaux, on s'est efforcé de vanter les avantages du divorce, et la réaction tentée parfois a été insuffisante pour enrayer le mouvement en avant. L'attaque, peut-on dire, a commencé par la publication des « Tenailles » de Paul Hervieu (1893). Brieux, défenseur de tant de nobles causes, montrait, en 1896, les inconvénients du divorce au cas où il y a des enfants. Les époux ennemis se réconciliaient autour du « berceau ». Cette leçon de saine morale n'a pas été entendue. A la suite du congrès féministe tenu en 1900, les frères Margueritte firent éditer une brochure où, tout en convenant des tristesses du divorce, ils en demandent l'élargissement. La forme violente de cet article suffirait seule à indisposer le lecteur. Notons, en passant, que les féministes protestèrent

de façon véhémence contre l'extension donnée aux vœux émis par eux. En novembre 1902, parut le roman « Les deux vies », des mêmes auteurs. En même temps, ils publiaient un projet de loi admettant le divorce du consentement des deux époux et même par la volonté d'un seul, système voisin de celui de la loi de 1792. L'extension du divorce ne semble pourtant pas très désirable, quand on a lu le livre poignant « Un Divorce », dans lequel Paul Bourget peint magistralement la misère morale de deux êtres mal mariés, après la rupture du lien les unissant.

Cette littérature ne s'adresse qu'à une certaine catégorie d'individus. Il est indubitable que, dans les classes ouvrières, la lecture de pièces ou romans à thèse, lecture parfois assez aride, est abandonnée pour celle d'ouvrages plus simplistes. Quoi qu'il en soit, c'est là que la rupture du lien conjugal se fait maintenant la plus fréquente. Nous ne pouvons y trouver le dissolvant habituel des unions qui ne sont que la jonction de deux fortunes, et nous sommes en droit de nous étonner de ce que des jeunes gens qui, laissant, et pour cause, la question pécuniaire de côté, n'ont dû considérer, pour se déterminer, que les qualités physiques et morales de ceux ou celles qu'ils voulaient épouser, se quittent aussi facilement.

Ne faut-il voir là qu'une tendance vers le relâchement complet du lien conjugal, c'est-à-dire, vers l'union libre, triomphe des utopistes? La simple admission de cette hypothèse serait une explication insuffisante. Les causes de cette abondance de divorces sont d'ordre plus pratique; ce sont souvent les brutalités du mari à l'égard de sa femme, l'absence de concessions réciproques de la part d'individus poussés par le mouvement général des idées à pratiquer de plus en plus le culte du moi, et enfin les ravages croissants que l'alcoolisme exerce dans les mœurs.

Très fréquemment, les rapporteurs à l'assistance judiciaire entendent ce propos dont la naïveté déconcerte : « Nous sommes séparés volontairement depuis trois ans, nous avons droit au divorce ». Inutile d'ajouter que la séparation n'existe que de fait, qu'elle n'a été prononcée par aucun tribunal et que le devoir du rapporteur, comme celui du bureau, est de refuser l'assistance pour éviter d'accorder une prime à la demande de divorce par consentement mutuel, qui serait nécessairement repoussée par le juge.

En vérité, l'on reste confondu devant la fragilité, disons même devant l'immoralité, des moyens mis en œuvre pour obtenir la rupture du mariage.

Les époux, dans l'impossibilité où ils se trouvent

pour étayer leur demande en divorce, d'arguer de causes réellement existantes, n'hésitent pas à faire naître ces causes ou à jouer d'infâmes comédies. L'opinion publique se montre d'ailleurs assez indulgente à leur égard.

Lorsque les frères Margueritte blâment la facilité avec laquelle le divorce est accordé, nous partageons leurs sentiments; mais quand ils proposent un système incapable, à lui seul, de mettre fin à ce débordement, nous ne pouvons que penser à la nécessité préalable de réformer les individus.

Le divorce, admis comme ressource dernière, alors qu'il est démontré que la vie commune entre époux est devenue impossible, a une utilité incontestable; mais, suivant l'aphorisme de Baudry Lacantinerie, il doit être une rare exception sous peine de ruiner l'institution du mariage. Rompu aussi facilement que conclu, ce dernier serait vite laissé de côté pour l'union libre.

Notre loi actuelle du divorce semble réclamer des remaniements, c'est en nous tournant vers les législations étrangères récentes, que nous avons les plus grandes chances de rencontrer des mesures faciles à mettre d'accord avec les tendances modernes. Si nous avons choisi la législation suisse comme but de notre étude, c'est parce que, dans la plupart des cantons helvètes, le divorce est im-

planté depuis quatre siècles, qu'au cours de cette longue période les peuples de chacun de ces cantons ont pu tenter d'arriver à la solution la plus équitable, et qu'enfin, le nouveau code suisse du 10 décembre 1907, appelé à régir toute la Confédération helvétique, étant un des derniers venus, ses rédacteurs ont pu profiter des travaux entrepris dans les nations voisines.

PREMIÈRE PARTIE

DROIT CANON. — RÉFORME. — COUTUME.

A toutes les époques, il semble que le divorce ait trouvé en Suisse un champ plus libre qu'ailleurs. A l'origine, suivant les coutumes et lois des tribus Burgonde et Allemane, le divorce était libre et privé. Le Pactus Allemanorum (32) et le Papien (XXII) autorisaient sans restriction le divorce amiable et consensuel. D'après Grimm (1) les conjoints, suivant en cela un usage presque universel à ces époques, déchiraient ensemble un mouchoir de lin dont ils gardaient chacun la moitié et s'en allaient librement, chacun de leur côté. Une convention écrite en deux doubles constatait la séparation.

L'église catholique, ayant fait du mariage un

(1) Deutsche Rechtsalterthümer, p. 437.

sacrement, se considérait comme ayant pleins pouvoirs pour légiférer à ce sujet. Bien que s'opposant dès le principe au divorce, elle se vit forcée, pendant un certain temps, de laisser faire pratiquement ce qui était entré depuis si longtemps dans les mœurs. Le divorce complet a été toléré maintes fois jusqu'aux premiers temps du moyen-âge par certains conciles régionaux et diverses décisions des Papes, pour cause d'adultère spécialement. Le divorce par consentement mutuel dût être le seul en usage chez les premiers chrétiens comme aussi chez les Germains convertis. Habituellement les époux en sollicitant la rupture du lien qui les unissait prononçaient un vœu de chasteté; l'autorisation épiscopale était exigée dans tous les cas. Dès le dixième siècle, la victoire de l'Eglise est à peu près complète dans le monde chrétien. Le concile de Trente (1545-1563) n'admet plus la dissolution du mariage non consommé qu'à la condition de renoncer à la vie civile et d'entrer dans un couvent, affirme le dogme de l'indissolubilité, la prohibition absolue du divorce et la possibilité d'une séparation de corps dont le prononcé reste aux tribunaux ecclésiastiques. En réalité le divorce se trouve maintenu dans la pratique ecclésiastique sous la forme de l'action en nullité de mariage. Les faits autorisant une telle

demande de la part de l'un des époux sont : l'absence de consentement réfléchi et libre, l'erreur dans la personne de l'autre conjoint, la parenté avec ce dernier au degré prohibé, l'adultère qualifié, le rapt, la minorité, la différence de religion, l'existence d'un précédent mariage, les vœux antérieurs de chasteté, l'engagement dans les ordres et surtout l'impuissance (*impossibilitas coeundi*). La prohibition du divorce en 1563 était motivée particulièrement par le développement rapide de la Réforme prêchée en Suisse par un curé de Zurich.

Ulrich Zwingle, contemporain, mais non disciple, de Luther, déclarait, dès 1517, que l'Évangile était la seule règle de foi. La religion évangélique de Zwingle se répandit dans les cantons commerçants de Zurich : Berne Bâle, Appenzell, Glaris et Schaffhouse. Les cantons primitifs restés fidèles au culte catholique : Lucerne, Uri, Schwyz, Unterwalden, Zug, Fribourg et Soleure, formèrent, en 1528, avec le Valais une ligue pour la défense de la foi catholique. Peu après, Calvin à Genève portait la nouvelle parole de 1538 à 1564 (1).

Alors que la plupart des pays catholiques sont

(1) Duruy. Histoire de l'Europe et de la France de 1270 à 1610. Paris, 1896, p. 620.

restés soumis à l'influence du droit canon et ne connaissent encore aujourd'hui que la séparation de corps, le divorce fut solidement établi à la Réformation dans tous les pays protestants. Certains auteurs ont prétendu voir dans le rétablissement du divorce le but et, peu s'en faut, la cause de la Réforme (1). Il nous semble y avoir là une proposition erronée.

Le point de départ de l'école protestante, en ce qui concerne l'établissement du divorce, fut un texte des évangiles : « C'est à cause de la dureté de « votre cœur, dit Saint-Mathieu, que Moïse vous « à permis de répudier vos femmes; mais cela « n'a pas été ainsi depuis le commencement. « Ainsi, je vous déclare que quiconque renvoie sa « femme, si ce n'est pour cause d'adultère, et en « épouse une autre, commet un adultère, et que « celui qui épouse celle qu'un autre aura renvoyée « commet un adultère (2) ». On ne trouve rien de semblable chez Luc et chez Marc.

Admis à l'origine pour cette seule cause, le divorce ne prit une grande extension que plus tard, alors, qu'à l'aide de raisonnements subtils, on crût

(1) Examen critique de la proposition de M. de Bonald, relative à l'abolition du divorce. Paris, 1816, p. 9.

(2) Saint Mathieu, XIX, 3 et suivants.

pouvoir ajouter d'autres motifs à celui-là. En parlant de la répudiation pour cause d'adultère, dit-on, le Christ n'a pas entendu limiter le divorce à ce cas; il n'a fait que répondre à une question qui lui était posée pour trancher une controverse entre les disciples d'Hillel et de Schammaï (1). Le Christ n'a rien dit du divorce par consentement mutuel ni du divorce pour causes déterminées par la loi civile et il n'a entendu prohiber ni l'un ni l'autre. A l'adultère, on ajouta successivement : la différence de culte, la longue absence et l'*inconvenientia in conversatione* (2).

L'ancien droit suisse était un droit coutumier. Chaque canton, formant pour ainsi dire un petit état particulier, avait sa coutume propre, composée ou plutôt constatée par des ordonnances diverses rendues sur les principaux points de droit pouvant intéresser les citoyens du canton. Ces coutumes dénotent, comme notre ancien droit coutumier français, des mœurs simples, quasi patriarcales. D'une façon générale, on peut dire que la procédure était peu compliquée. En notre matière, l'Eglise, qu'elle fut catholique ou réformée, exerçait un pouvoir suprême; elle était la

(1) Docteurs juifs, IV^e siècle avant J. C.

(2) Thenier, acta II, p. 314.

souveraine dispensatrice de justice dans toutes les causes matrimoniales.

Qu'on nous permette de citer un exemple de la naïveté des anciennes pratiques helvètes. « D'après l'ancienne loi civile d'un canton, quand les époux étaient d'accord pour demander le divorce, le juge, loin de prononcer d'abord une séparation temporaire, ordonnait qu'ils seraient enfermés dans une tour pendant un certain temps; que là, ils vivraient dans une même chambre, ayant une seule chaise, une seule assiette, un seul couvert et un seul lit. Le divorce n'était prononcé qu'autant qu'après cette épreuve, les époux persistaient à le demander (1) »,

Toutes les coutumes suisses sont loin d'être parvenues jusqu'à nous; celles qui nous sont arrivées sont, en réalité, l'exception. Nous mentionnerons seulement la coutume Neuchateloise, où, dès 1550, date de la rédaction d'ordonnances matrimoniales, le divorce s'était fait une place considérable. Le divorce y est-il dit, est permis pour adultère et pour « plus grosses choses qu'adultère », c'est-à-dire, en premier lieu, pour tous cas qui touchent au corps et à la vie, puis pour ladre-

(1) Lyon-Caen. Etude sur le divorce en Autriche. 1882, p. 11.

rie où lèpre, pour folie dangereuse, impuissance et enfin désertion malicieuse. L'effet du divorce était de rompre absolument les liens conjugaux entre les époux; ils pouvaient contracter un nouveau mariage, mais seulement après six mois pour l'époux innocent, un an pour le coupable (1). Remarquons cependant cette dernière disposition: les époux divorcés pouvaient se rejoindre en se présentant à la Justice matrimoniale et en y déclarant simplement leur intention de reprendre la vie commune. Il semble y avoir là, de la part du rédacteur des ordonnances, une hésitation à admettre les pleins effets du divorce. Bien qu'ayant acquis droit de cité dans le canton, ce dernier n'est pas acclimaté. Cette réconciliation des époux, le lien conjugal ayant été brisé de façon absolue, eût dû être entourée des mêmes formalités que l'union première, et si on leur permet de se rejoindre aussi simplement, c'est évidemment par une arrière pensée de défaveur vis-à-vis de la rupture. En ce qui concerne le règlement des droits de chacun des époux après divorce, l'influence religieuse est également nette; nous n'en voulons pour preuve qu'une expression très caractéristique rencontrée dans la Gerichts-Ordnung de Bâle-Ville

(1) Jacottet. Manuel de droit civil neuchatelois.

rendue en 1719. Le passage qui nous intéresse porte en effet ce titre : « Partage des biens *temporels* entre personnes divorcées ». Il est conçu de la façon suivante : « Dans le partage de ces sortes de biens, on examinera d'abord s'il existe ou non une convention de mariage. S'il y a un contrat de mariage, on s'y conformera, de manière que l'époux non coupable soit libre de prélever tout le bien qu'il a apporté ou recueilli par succession pendant le mariage. Les gains ou les épargnes seront partagés conformément au contrat, comme si la partie coupable était morte. Mais si la partie non coupable le préfère, on mettra tout son apport dans la masse commune. Dans le cas de diminution des biens pendant le mariage, si, en vertu du contrat, la moitié ou les deux tiers de l'apport reviennent à l'un et le reste à l'autre, on s'en tiendra à cette stipulation. Si, au contraire, chaque époux doit retirer son apport et ce qu'il a reçu par succession, la perte sera supportée par le mari seul, à moins de cas fortuit ou de dérèglement de la femme. S'il n'y a pas de contrat, la partie non coupable sera libre de prélever son apport ou de le laisser dans le bien commun pour le partage, comme il est légalement prescrit » (1).

(1) Anthoine de Saint-Joseph. Concordance entre les

SOURCES DES DIFFÉRENTS CODES MIS EN VIGUEUR
DEPUIS 1804 DANS LES DIVERS CANTONS DE LA
SUISSE

Si, alors qu'ils entreprirent de consigner en un ouvrage unique les multiples règles de droit qui les régissaient, certains cantons suisses se bornèrent à mettre d'accord, avec les conditions de vie actuelle, les principes constituant la base de leur coutume, d'autres s'inspirèrent directement des législations gouvernant les peuples voisins. Les uns prirent pour modèle le code civil français de 1804 ou le code autrichien, dont les articles relatifs au divorce sont presque semblables; les autres, le vieux droit territorial allemand et, particulièrement, le Landrecht prussien.

Passons rapidement sur le code français de 1804 qui admet quatre causes de divorce : adultère, — excès, sévices et injures graves, — condamnation à une peine infamante, — et consentement mutuel et persévérant.

Les lois territoriales des États allemands, moins connues, méritent un développement particulier.

codes civils étrangers et le code Napoléon. — 2^e édition.
Paris, 1856, tome IV, p. 18. Gerichtsordnung de Bâle (1719),
titre XIX, 510 à 513.

Ces lois furent en vigueur jusqu'en l'an 1875, où intervint une loi d'Empire régissant toute l'Allemagne.

Ce sont, de toutes les lois européennes, les lois des Germains, qui ont rendu le plus facile la rupture du lien conjugal. L'aversion pour la séparation de corps et la multiplicité des causes du divorce se rencontrent dans toutes ces lois.

Le Landrecht prussien réglemeute les causes de divorce avec un luxe de détails qui, souvent indiscrets, lui sont toujours favorables. Ces causes permettant de le demander sont nombreuses. Nous trouvons, en premier lieu : l'adultère et les relations contre nature assimilées à l'adultère, — puis les relations compromettantes, qui font présumer une violation prochaine de la foi conjugale, — la désertion malicieuse, — le refus d'accomplissement du devoir conjugal, avec persistance, — l'impuissance absolue et incurable survenue pendant le mariage, — les injures graves et sévices, l'intolérance, le caractère coléreux ou querelleur, l'attentat à la vie, à la santé, à la liberté, à l'honneur, — la condamnation à une peine criminelle, — la fausse dénonciation par un époux contre son conjoint, — l'exercice d'une profession déshonorante, les habitudes de débauche, l'ivrognerie, la prodigalité, la dissipation, — le refus d'aliments, —

le changement de religion, — et, enfin, le consentement mutuel.

Le Landrecht saxon n'admet comme motif d'une demande en divorce que l'adultère, le refus d'accomplissement du devoir conjugal, l'emprisonnement de trois ans pour délit, l'aliénation incurable.

Le Landrecht de Wurtemberg ne parle que de l'adultère, des attentats à la vie, de la désertion malicieuse et de la condamnation à une peine infamante.

Quant au Landrecht bavarois, il prohibe le divorce.

La loi d'Empire du 6 février 1875 avait laissé subsister les causes admises par le Landrecht de chaque État; ce fut donc, à la vérité, le code civil de 1896 seulement qui établit, à dater de son application, le 1^{er} janvier 1900, un régime uniforme pour toute l'Allemagne.

La multiplicité des motifs de divorce dans le vieux droit territorial n'est pas une suite de la dissolution des mœurs; elle a une cause profonde d'une très haute portée. La race germaine était une race de constitution vigoureuse; le courage et la force physique y étaient tenus en grande estime, comme jadis à Sparte. Et si l'on permit à deux époux dont l'un était impuissant ou stérile, aliéné

incurable, débauché, ivrogne, ou tristement affaibli de quelque vice attestant sa dégénérescence, de rompre le lien qui les unissait, ce ne fut pas pour éviter à l'autre des souffrances et des regrets, ce fut pour éviter l'aveulissement de la race, par la naissance d'enfants débiles ou imbeciles, au sens où les Romains entendaient ce mot. Ainsi, le souci des individus disparaissait devant le souci plus noble d'assurer à la nation un avenir florissant.

Les cantons qui se sont inspirés de notre code civil sont : les cantons de Vaud, Fribourg, Neuchâtel, Genève et le Jura bernois. D'autres sont restés fidèles aux traditions romaines : Tessin et Valais. Le Valais a imité le code français sous la forme dérivée du code Sarde; le Tessin, sous celle du code de Parme.

D'autres cantons appartiennent à la famille germanique; on peut les diviser en deux groupes. Le premier (1830 à 1850) comprend les codes restés fidèles aux coutumes locales : Berne, Lucerne, Argovie, Soleure; le second, les législations plus récentes des cantons protestants et industriels de la Suisse orientale, modelées sur l'œuvre de Blüntschli, dans le canton de Zurich.

Certains codes furent modifiés depuis leur mise en vigueur; ce sont ceux des cantons de Berne, Tessin, Valais. Dans quelques cantons, la codifica-

tion n'est que commencée. Nidwalden, Zug, Thurgovie, Obwalden, Saint-Gall, Appenzell (Rhodes internes) ne possèdent que des lois spéciales sur le droit civil. Uri et Schwiz sont réduits à d'anciens coutumiers. Bâle-campagne et Bâle-ville sont régis : le premier, par la *Landsordnung für den Kanton Basel* de 1813, le second, par les *Statute und Gerichtsordnung* de 1719 et l'ordonnance sur le mariage du 1^{er} août 1837.

On rencontre dans les cantons français des institutions germaniques; réciproquement, l'esprit du droit romain a passé, sur certains points, dans quelques cantons allemands. Le droit vaudois et le droit fribourgeois s'écartent sur beaucoup de points du droit français, pour se rapprocher du droit des cantons allemands (1).

Le 24 décembre 1874, fut adoptée par l'Assemblée fédérale de la Confédération suisse, une loi sur l'état civil et le mariage applicable à tous les cantons. Publiée le 27 janvier 1875, elle est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1876. Cette loi laisse soumise au droit cantonal la procédure du divorce, sous certaines réserves, et le règlement de ses effets ultérieurs.

(1) Glasson. *Mariage et divorce dans les principaux pays de l'Europe*. 1879. CXXIII.

CANTONS QUI SE SONT INSPIRÉS DU CODE CIVIL
FRANÇAIS

Les cantons qui subirent l'influence du code français de 1804 sont, nous l'avons vu, les cantons de Vaud, Fribourg, Neuchâtel, Genève et le Jura bernois.

Le code civil du canton de Vaud (1) promulgué le 11 juin 1819, devenu exécutoire à partir du 1^{er} juillet 1821, admet sept causes de divorce : adultère de l'un des époux (art. 128). — Excès, sévices, injures graves (art. 129). — Condamnation à une peine infamante (art. 130). — Démence de l'époux âgé de moins de soixante ans, durant depuis cinq ans au moins et reconnue incurable (art. 131). — Maladie contagieuse incurable (art. 132). — Abandon depuis cinq ans au moins sans espérance de retour (art. 133). — Consentement mutuel et persévérant (art. 134).

Bien que les causes déterminées soient relativement nombreuses, ce code est conçu dans un esprit restrictif du divorce. Il suffit pour s'en convaincre, de se reporter aux chapitres réglementant

(1) V. Bippert. Code civil du canton de Vaud. Lausanne, 1876. — Grenier. (Recueil inaugural de l'Université de Lausanne.) Régime matrimonial d'après les coutumes vaudaises. Lausanne, 1898.

la rupture du lien conjugal par consentement mutuel et persévérant. Non content d'imposer aux époux des conditions d'âge ou de durée d'union, le législateur vaudois les oblige à prendre conseil des personnes qui doivent leur porter le plus grand intérêt (chapitre III). La procédure est ralentie à plaisir et enfin l'attribution en propriété aux enfants de la moitié des biens auxquels ils auraient droit si leurs parents en instance de divorce décédaient *ab intestat* est de nature à retenir bien des gens. Cette dernière mesure est palliée par la conservation, aux parents dépouillés, jusqu'à la majorité de leurs enfants de la jouissance des biens dont ils ont été obligés de faire l'abandon (chapitre IV, art. 161, cf. art. 305, C. fr., 1804). Il ressort de cette pluralité d'obstacles que, bien qu'il soit parlé de consentement mutuel, il s'agit là réellement d'un divorce pour causes extrêmement graves, de celles, par exemple, dont la révélation risquerait de jeter un jour défavorable sur l'un ou l'autre des conjoints. Il est fortement à présumer, en présence de ce cas particulier où la loi se montre si sévère, que la jurisprudence ne devait permettre qu'avec beaucoup de précautions l'extension des causes déterminées.

Le code civil du canton de Fribourg, dont la première partie date de 1834, traite « de la sépa-

ration et du divorce chez les réformés et des nullités de mariage » (art. 136 à 148). Le divorce n'est pas admis entre catholiques. Nous retrouvons ici des dispositions analogues à celles du code civil du canton de Vaud, exception faite pour l'article 161 de ce code qui n'est pas reproduit.

Dans le code civil neuchâtelois (1) (1854-1855) les causes de divorce sont : l'adultère, — la désertion malicieuse du mariage, — les excès, sévices ou injures graves, — la condamnation à une peine infamante, — la démence déclarée incurable après une durée de cinq ans et lorsque l'époux qui en est atteint est âgé de plus de cinquante ans, — l'abandon ayant duré cinq années consécutives,

Le code civil de Genève de 1804 et celui du Jura bernois ne sont qu'une reproduction du code français de 1804.

CANTONS RESTÉS FIDÈLES AUX TRADITIONS ROMAINES

Le deuxième groupe de cantons ne nous retiendra pas longtemps : il ne comprend que le Tessin et le Valais.

(1) Jacottet. Op. cit.

Le code civil du Tessin (1) promulgué le 14 juin 1837, devenu exécutoire le 1^{er} janvier 1838, ne parle que de la séparation de corps. Même chose est à dire du code civil du canton du Valais (2) promulgué le 1^{er} décembre 1853, devenu exécutoire le 1^{er} janvier 1855.

Le code civil tessinois a été mis en harmonie avec la loi fédérale de 1874, mais sur certains points contient des prescriptions spéciales. Lorsque le divorce est prononcé pour cause d'aliénation mentale, le conjoint sain d'esprit peut être astreint à fournir des secours à l'autre si ce dernier est dépourvu de ressources (art. 86). Dès le jour où le divorce est prononcé, la propriété de la moitié des biens de chacun des époux est acquise de plein droit aux enfants communs. Le père et la mère ne conserveront que la jouissance de cette moitié leur vie durant. Cependant, à la mort des parents divorcés, les enfants auront le droit de réclamer le supplément de la portion héréditaire si la valeur des dits biens avait diminué (art. 89).

Cette dernière disposition correspond à l'art. 161 du code civil vaudois qui fut abrogé par la loi du 31 août 1875.

(1) Anthoine de Saint-Joseph. *Op. cit.*

(2) Anthoine de Saint-Joseph. *Op. cit.*

CANTONS APPARTENANT A LA FAMILLE GERMANIQUE
1830 A 1850

Sont compris sous ce titre les cantons de Berne, Lucerne, Argovie et Soleure.

Bien que postérieur en date aux codes des autres cantons, nous parlerons d'abord du code du canton de Soleure (1); il offre, en effet, un plus vif intérêt. La première partie, celle où se trouve traitée la question divorce, art. 140 à 187, promulguée le 23 novembre 1841, a été rendue exécutoire le 1^{er} avril 1842.

Seule la séparation de lit et de table peut être prononcée entre les catholiques. Une séparation semblable peut avoir lieu également pour les réformés.

Les motifs de divorce sont : la condamnation à une peine infamante, — l'abandon pendant un an, — l'attentat à la vie, à la santé ou à l'honneur, les mauvais traitements, la conduite immorale, la négligence continuelle, — les infirmités graves et inguérissables, impuissance et folie, — les maladies honteuses ou contagieuses.

Cette législation est véritablement la consécration de la coutume locale, et l'influence du droit

(1) Anthoine de Saint-Joseph. Op. cit., tome IV, p. 518.

germanique s'y fait sentir de façon très marquée. Les motifs autorisant la demande en divorce sont renouvelés du vieux Landrecht prussien. Le législateur de notre canton a cependant insisté sur les maladies qui peuvent apporter le trouble dans une union. A côté des infirmités incurables, il mentionne les maladies honteuses où contagieuses. Cette expression risquerait fort de choquer à notre époque ou l'on ne veut voir, dans les victimes d'accidents de ce genre, que des êtres malheureux et non méprisables. Quoi qu'il en soit, la condition de guérison improbable n'est pas indiquée et alors la faute la plus légère du mari devient une cause de rupture du lien conjugal, s'il a eu la malchance d'en conserver la triste preuve. Reconnaissons cependant que les plus graves conséquences pourraient en résulter pour la femme; cela aide à comprendre cette rigueur.

La part de l'Eglise est large. La séparation de lit et de table entre catholiques, seule autorisée, n'est autre que le *divortium quoad thorum et mensam* du droit canon. La manière dont sont réglés les droits des époux, prescrivant de tenir compte de considérations morales, est encore œuvre religieuse. Enfin le fait que le prêtre est le premier juge devant lequel les conjoints en instance de divorce doivent se présenter, vient à l'appui de notre opi-

nion, de telle sorte qu'il dispense à lui seul de s'attarder à la recherche d'autres arguments.

Le code civil du canton de Berne (1) (1^{re} partie, 1824, 1^{er} avril 1826) établit une distinction entre les causes du divorce. Ces causes sont déterminées, dit-il, lorsque le tribunal n'aura qu'à faire produire les preuves du fait allégué; indéterminées, lorsqu'il en devra apprécier les circonstances.

Outre l'adultère, donnent lieu à la rupture du lien conjugal, les crimes ou délits graves, emportant privation de droits civils ou portant condamnation à un emprisonnement de quatre ans au moins ou à l'exil, — les maladies héréditaires ou contagieuses, — la démence, à cette condition que le malade aura été soigné pendant dix-huit mois par deux médecins patentés, — le changement de religion, — la renonciation aux droits de cité, — l'abandon malicieux, — l'absence de plus d'un an.

La séparation de corps n'est jamais prononcée qu'à titre provisoire.

Dans le canton de Lucerne (code civil, 1^{re} partie, 1831, 1^{er} janvier 1832) le divorce est interdit; seule peut être intentée, s'il y a lieu, devant la juridiction ecclésiastique une action en nullité de mariage.

(1) Anthoine de Saint-Joseph. Op. cit., tome IV, p. 36.

Le premier livre du code civil du canton d'Argovie (1) a été publié en 1826, sous le régime de la Constitution du 4 octobre 1814.

La dissolution du mariage est admise pour adultère, — condamnation à un emprisonnement d'au moins cinq ans, — abandon, sévices et excès et aversion invincible, cette dernière cause étant empruntée au code autrichien du 7 juillet 1810.

La séparation de corps seule est permise entre catholiques.

Les mesures provisoires et les effets du divorce sont, pour la plupart, empruntés au code Napoléon. Les articles 268, 269, 297 et 303 de ce code, notamment, sont reproduits presque intégralement. La femme conserve le nom du mari et le droit de cité communale.

Nous avons avec la législation en vigueur à Argovie un exemple de cette pénétration de l'esprit du droit français dans les cantons allemands signalés plus haut.

CANTONS APPARTENANT A LA FAMILLE
GERMANIQUE. (Législations récentes.)

Ce groupe nouveau, dont nous abordons l'étude,

(1) Anthoine de Saint-Joseph. *Op. cit.*, tome III, p. 555.

comprend les législations, relativement récentes, des cantons protestants et industriels de la Suisse orientale, inspirées de l'œuvre de Blüntschli.

Cette œuvre n'est autre que le code civil de Zurich (1), dont le livre premier, promulgué en 1853, devint exécutoire à compter du 31 mars 1854. Le titre du divorce comprend les articles 175 à 230 de ce livre.

L'action en divorce de l'un des époux ou la demande faite par les deux époux, est-il dit, doivent être préalablement portées à la paroisse du domicile, ou du lieu de naissance, à défaut de domicile dans le canton. Si le pasteur ne peut réussir à amener une réconciliation entre les époux, il renvoie l'affaire au collège ecclésiastique qui, en cas de besoin, assigne par devant lui les époux et les exhorte de nouveau.

Si toute intervention ecclésiastique paraît devoir être vaine, il y a lieu à renvoi du demandeur au tribunal de district; sinon, des essais de rapprochement sont à nouveau tentés par le conseil ecclésiastique de district et, dans le cas d'inutilité, l'affaire est portée devant le tribunal.

L'intervention de l'autorité ecclésiastique doit être d'autant moins active que les motifs de di-

(1) Anthoine de Saint-Joseph, Op. cit.

vorcée paraissent plus sérieux ; elle ne doit jamais porter atteinte au droit légal de divorce.

Dans les mariages contractés sans l'intervention de l'Eglise, la demande en divorce est portée devant le président du tribunal de district qui fera, par lui-même ou par suppléant, les tentatives de réconciliation.

Le tribunal doit s'efforcer de maintenir la dignité du mariage et d'écarter les actions ou demandes en divorce faites légèrement et sans motifs suffisants.

Autorisent à intenter l'action en divorce les motifs suivants :

1^o Adultère de l'autre époux (art. 182). — Les fins de non recevoir admises contre ce motif sont : le consentement ou la provocation à l'adultère, le pardon et le fait de n'avoir pas intenté l'action dans les trois mois qui ont suivi la connaissance de l'adultère ou dans les trois ans écoulés depuis qu'il a été commis.

Sont assimilés à l'adultère : les plaisirs contre nature de l'un des époux, le refus d'obéissance à l'injonction judiciaire de cesser des relations suspectes, l'abandon malicieux accompagné de vie avec une personne d'un autre sexe d'une façon qui fait supposer des rapports illicites.

2^o Abandon malicieux (art. 186). — Si l'un des

époux abandonne l'autre ou reste éloigné sans son consentement et sans motifs, ce dernier, s'il a fait en vain tous les efforts pour aboutir à une réunion, est autorisé, après un an, à demander le divorce. Le jugement doit être précédé de trois sommations judiciaires, à l'effet de réunir les deux époux et ne peut être prononcé qu'après le délai d'un an depuis la première sommation.

3^e Impuissance (art. 190). — L'impuissance n'autorise la demande en divorce que si elle existait dès l'époque où le mariage a été célébré et était inconnue de l'autre époux, ou si elle est survenue depuis par la faute de l'époux qui en est atteint.

4^e Attentat à la vie, sévices graves, calomnie judiciaire grave, atteinte profonde à l'honneur (article 191). — Les fins de non recevoir contre ces motifs sont le pardon et le fait de n'avoir pas porté la plainte dans les six semaines.

5^e Condamnation pour un crime ordinaire aux fers, à l'emprisonnement dans une maison de correction ou à un emprisonnement de longue durée, à condition pour l'époux demandeur de n'être pas coupable d'un crime semblable (art. 192).

6^e Mauvaise conduite, prodigalité, ivrognerie habituelle (art. 193).

7^e Refus du nécessaire à la femme par le mari.

(art. 194). — L'action doit être intentée dans les six mois.

8^o Traitement constamment froid et contraire aux devoirs conjugaux d'un époux par l'autre (article 195). — Ce traitement doit être prouvé par une suite de faits isolés, être tel qu'il attaque les sentiments conjugaux dans leur essence intime, et persister malgré les exhortations des autorités, réitérées au moins deux fois.

9^o Infirmité incurable et dégoûtante de l'un des époux (art. 196). — Il est nécessaire, pour que soit autorisée la demande en divorce, que cette infirmité ait existé à l'époque où le mariage a été célébré et ait, à cette époque, été inconnu de l'autre époux ou se soit déclarée par la suite par la faute de l'époux malade. La démence ou folie incurable entre dans les prévisions de cette disposition.

10^o Enfin, les deux époux sont autorisés à faire en commun une demande en divorce : *a*) si le mariage dure depuis quatre ans au moins et pas encore depuis vingt-cinq ans; *b*) s'il est prouvé que les sentiments conjugaux des époux sont profondément blessés et que la vie commune leur est devenue insupportable; *c*) si les exhortations et l'intervention des autorités sont demeurées sans effet (art. 197).

Dans les six, sept, huit et dixième cas, les exhor-

tations et interventions sont remises au soin du pasteur, conseil ecclésiastique ou tribunal de district.

Dans les quatre, cinq, six, sept, huit, neuf et dixième cas, le tribunal doit, avant de prononcer le divorce, ordonner préalablement une séparation de corps temporaire.

La partie autorisée à demander le divorce absolu, peut toujours demander la séparation temporaire. Dans aucun cas, la séparation de corps ne peut être prononcée pour moins de six mois et pour plus d'un an.

Le tribunal évalue librement ce que le mari donnera à sa femme pendant le temps de la séparation pour son entretien et pour celui des enfants qui lui sont confiés.

Pendant le temps de la séparation, le pasteur doit travailler à la réconciliation et à la réunion des époux. Si ses efforts sont sans succès, le conseil ecclésiastique en donne avis au tribunal qui prononcera définitivement le divorce absolu.

Le tribunal peut entendre les époux en personne et s'informer des circonstances. Le conseil ecclésiastique est autorisé, dans l'intérêt du mariage, à se faire représenter dans le procès. On lui donne avis du jour où il a lieu; en outre, le jugement du tribunal de district doit lui être communiqué, afin

qu'il puisse en appeler au tribunal supérieur. L'administration de l'Etat le représente si elle trouve l'appel fondé.

Le tribunal statue sur le domicile de la femme pendant le procès et sur la pension que le mari doit lui fournir.

La femme divorcée conserve les droits de cité acquis par son mariage, mais perd le nom de famille du mari.

Elle est autorisée à demander la restitution immédiate de sa dot.

Chaque partie a le droit de réclamer à l'autre les présents de fiançailles et de noces faits avant et après le mariage s'ils existent encore en nature ou si la valeur peut en être recouvrée, les autres présents de noces non faits par parents ou amis particuliers de l'une des deux parties étant partagés par portions égales.

L'époux, dont la faute a occasionné le divorce, est tenu, envers l'autre à dommages-intérêts réglés, d'une part, d'après la gravité de la faute et le préjudice causé à la partie innocente et aux enfants, d'autre part, d'après la fortune du coupable et les besoins de la partie innocente.

S'il doit survenir une augmentation de la fortune de la partie coupable par succession ou autrement, le droit, pour la partie innocente, de deman-

der une augmentation proportionnelle de dommages-intérêts est réservé par le jugement.

Le droit aux dommages-intérêts subsiste pour la partie innocente qui se remarie, l'obligation de les payer passe aux héritiers du coupable, à moins qu'ils n'aient été payés sur l'argent qu'il gagnait par sa profession.

Il peut être interdit au coupable de se remarier avec une personne déterminée ou de se remarier avec une personne quelconque sans le consentement du tribunal.

Les enfants issus du mariage sont confiés à la mère jusqu'à l'âge de cinq ans révolus; en cas de besoin, le tribunal détermine la somme qui doit être payée par le père pour leur entretien. Après l'âge de cinq ans, les enfants sont remis au père qui a la charge de leur éducation.

Le tribunal peut déroger à ces dernières dispositions.

Le code révisé de 1887 (1) (art. 624 à 645), conserve les dispositions du code précédent en tant qu'elles ne sont pas incompatibles avec la loi fédérale du 24 décembre 1874, sauf en un point, à savoir que, les enfants nés du mariage restent con-

(1) Er. Lehr. Mariage, divorce et séparation de corps dans les principaux pays civilisés.

fiés à la mère jusqu'au moment où commence pour eux l'obligation scolaire.

Le code civil du canton de Zurich se montre, entre toutes les législations des divers cantons suisses, prodigue de détails en la matière qui nous occupe. Chacune des causes du divorce est réglementée par une suite d'articles simples et clairs. Nous n'avons pas, quant à présent, rencontré ailleurs pareil souci de précision. Ce que nous avons trouvé, en revanche, fut la part, généralement large, faite à l'Eglise catholique ou réformée. Nous la voyons, encore ici, entourée de sages précautions.

L'œuvre de Blüntschli, envisagée dans son ensemble, fut jugée, lors de son apparition, tellement supérieure à ce qui avait été réalisé jusqu'alors, qu'il fut un moment question de l'adopter pour en faire une législation commune à la Suisse entière. C'est pourquoi nous l'avons relatée presque intégralement. Le rédacteur de ce code, pris en bloc, a incontestablement fait œuvre originale; mais, au point de vue spécial qui nous occupe, nous estimons qu'il s'est fortement inspiré de la loi du canton de Saint-Gall de 1840 et de l'ordonnance de Bâle-ville de 1837 régissant le mariage, l'une de treize, l'autre de seize ans plus ancienne.

Le code de Zurich fut reproduit plus ou moins

fidèlement par les législateurs d'Appenzell (Rh. ext.), de Schaffouse, des Grisons et de Glaris.

Le code d'Appenzell (1) (Rh. ext.) fut promulgué en 1860, le canton étant antérieurement régi par le Landbuch de 1844. Ce Landbuch était formé d'un assemblage de lois diverses rendues suivant les besoins du pays. D'après la loi du 25 novembre 1835, les causes pour lesquelles la dissolution du mariage peut être prononcée, sont : l'adultère prouvé, lorsque c'est la partie lésée qui forme la demande et qu'elle a cessé tout commerce avec l'autre partie depuis qu'elle a eu connaissance du fait, — le fait, pour la femme d'avoir été rendue enceinte par un autre antérieurement au mariage ou, pour le mari, d'avoir rendu une femme enceinte de ses œuvres dans les mêmes conditions, — l'abandon malicieux, — le refus obstiné de l'accomplissement des devoirs conjugaux s'il a duré plus d'un an, — le changement de religion, — la haine irréconciliable, les querelles, disputes continuelles, sévices, injures graves et la vie désordonnée, — l'aliénation d'esprit, les maladies incurables ou contagieuses et l'impuissance.

Les codes des cantons des Grisons (2) (1862) et

(1) Anthoine de Saint-Joseph. Op. cit., tome III, p. 536.

(2) De la Grasserie. Code civil du canton des Grisons.

Schaffouse (1864-1865) n'offrent rien de particulier.

Le code civil de Glaris (1869-1874) traite du divorce dans sa première partie (Ile), adoptée en 1870 par le Landsgemeinde. Ses dispositions ne sont pas applicables aux mariages contractés en la forme religieuse entre personnes appartenant toutes deux à l'Eglise catholique.

Les causes de divorce admises, sont : l'adultère, les vices contre nature et l'entretien de relations intimes à l'époque des fiançailles avec une tierce personne, — l'abandon et la désertion malicieuse, — l'impuissance constatée par certificat médical, lorsqu'elle a existé avant le mariage de l'époux devenu impuissant, l'attentat à la vie, les mauvais traitements et injures, — la condamnation à la peine de réclusion pour un délit de droit commun, — la vie dissipée et l'ivrognerie, — les maladies incurables et repoussantes, — le refus persistant du devoir conjugal, — enfin, la formation par les deux époux ensemble d'une demande en divorce.

Le code civil du canton de Glaris est le dernier des codes cantonaux de la Suisse. Avant sa promulgation, le canton était régi par un Landbuch coutumier, publié pour la première fois en 1807.

CANTONS POSSÉDANT SEULEMENT DES LOIS SPÉ-
CIALES SUR LE DROIT CIVIL ET CANTONS RÉDUITS
A D'ANCIENS COUTUMIERS.

Ce dernier groupe est composé de cantons régis par des lois ou coutumes qu'aucun **lien ne ratta-**che, soit aux législations des groupes précédents, soit même entre elles. Comment expliquer ce fait qui dénote une absence d'émulation en matière juridique, étonnant à notre époque? Sans rien retrancher de leur valeur à ces travaux divers, qui ont le mérite d'avoir été l'expression exacte des sentiments d'individus d'une région formant, pour ainsi dire, une petite nation dans ce petit État qu'est la Suisse, reconnaissons qu'il aurait été nécessaire de les mettre en harmonie avec les progrès réalisés alentour, si la loi du 24 décembre 1874 n'était intervenue.

Les cantons qui ne possèdent que des lois spéciales sur le droit civil sont les cantons de Zug, Thurgovie, Nidwalden, Obwalden Appenzell (Rh. int.) et Saint-Gall.

En la matière qui nous occupe, la loi la plus intéressante est la loi de Saint-Gall (1) (art. 23 à 63) sur le mariage, rendue, pour la partie protestante du canton, à une date relativement récente,

(1) Anthoine de Saint-Joseph. Op. cit., tome IV, p. 241.

puisqu'elle est du 9 juin 1840. Elle est, du reste, tellement complète qu'il semble probable, nous l'avons dit déjà, qu'elle ait servi de base à l'œuvre de Blüntschli, pour le canton de Zurich.

Les motifs autorisant à solliciter le divorce sont : l'adultère, — l'impuissance, — l'abandon malicieux, — le refus opiniâtre des devoirs conjugaux, — les maladies contagieuses, — l'aliénation d'esprit (démence et fureur), — l'attentat à la vie et les sévices, — les peines criminelles.

Alors que, parmi les cantons qui ne possèdent que des lois spéciales sur le droit civil, nous avons pu trouver, tout au moins à Saint-Gall, une loi qui, par son souci du détail, ne devait laisser que peu de place à l'imprévu, nous n'avons plus en face de nous, à Uri et à Schwyz, que d'anciens coutumiers.

Bâle-campagne est régie par la *Landsordnung für den Kanton Basel* de 1813, et Bâle-ville, par les *Statute und Gerichtsordnung* de 1719 et par l'ordonnance sur le mariage, du 1^{er} août 1837 (1). Cette dernière, offre, avec la loi de Saint-Gall, de grandes similitudes; mais, si quelques articles ont été consacrés, par son rédacteur, à la demande en divorce formée par les deux époux, point omis par le législateur de Saint-Gall, l'ensemble de l'ouvrage paraît, en revanche, moins savamment établi.

(1) Anthoine de Saint-Joseph. *Op. cit.*, tome IV, p. 4.

DÉUXIÈME PARTIE

LOI FÉDÉRALE DU 24 DÉCEMBRE 1874 SUR L'ÉTAT CIVIL ET LE MARIAGE

La revue que nous venons de passer aura pu sembler un peu longue, et, afin de ne pas donner à notre travail un développement excessif, dont l'utilité serait d'ailleurs discutable, nous renonçons à faire ressortir dans un tableau même succinct, les analogies et les divergences que notre examen nous a permis de relever, dans les règlements des divers États suisses relatifs à notre matière.

Pour si longue qu'elle soit, notre revue nous a cependant paru intéressante au point de vue documentaire, et tout au moins utile pour mettre au jour, non pas seulement les avantages du régime plus ou moins libéral de chaque canton, mais encore et surtout, les inconvénients qui résultaient incessamment de la diversité des régimes, dans des provinces dont la médiocre étendue et le lien fédé-

ral devaient s'accommoder assez mal du particularisme même de ces régimes.

Ces inconvénients sautent aux yeux. C'est d'abord, dans certains cantons, la différence de traitement basée sur la foi confessionnelle des deux ou de chacun des deux époux et entraînant, lorsque le divorce était possible, l'emploi d'une procédure complexe. C'est encore davantage la difficulté qui devait se produire, dans le cas où l'un des conjoints avait, au moment du mariage ou depuis cette époque, transféré son domicile dans un canton voisin de son canton d'origine. Ne fallait-il pas se préoccuper alors de savoir si la décision du tribunal du domicile ne serait pas en conflit avec le statut personnel des époux? Ce dernier inconvénient, sans doute, se fit moins sentir, tant que le défaut de moyens de déplacement rapide et commode retint les individus attachés au sol qui les avait vu naître. Mais, le développement des voies de communication et des relations commerciales ou autres qui s'ensuivirent, le fit rapidement apparaître. Le régime du mariage n'était du reste, pas le seul dont les conditions fussent devenues gênantes, et l'esprit de progrès toujours en éveil chez ce peuple intelligent et judicieux, ne devait pas tarder à avoir raison du particularisme des anciens jours.

La loi fédérale du 3 février 1862, complétant celle de 1850 sur les mariages mixtes, s'occupa la première d'une réglementation uniforme des causes du divorce pour toute la Suisse. Elle ne s'appliquait qu'aux mariages entre personnes de religion différente. A notre avis, cette loi se montrait d'une concision faite pour surprendre. Lors de son élaboration, le Conseil national avait proposé l'article suivant, relativement aux causes de divorce :

« Art. 3. — Le tribunal fédéral peut prononcer la séparation de corps et de biens, ainsi que la dissolution des liens matrimoniaux, quand la demande est motivée par un des cas suivants : l'adultère, l'abandon malicieux, les sévices graves, les crimes, la folie, les maladies contagieuses, la prodigalité, et une incompatibilité d'humeur insurmontable ».

On s'arrêta, au moment de la rédaction définitive, à ce texte :

« Art. 3. — Le tribunal statuera, d'après sa conviction morale, sur la question de la dissolution du mariage.

Toutes les fois qu'il résultera des circonstances que la vie commune est incompatible avec la nature du mariage, il prononcera le divorce complet ».

Le 29 mai 1874, eut lieu une revision de la Constitution de 1848, revision qui avait échoué en 1872. Cette date ouvre une ère nouvelle; la revision porte à l'autonomie des cantons la plus rude atteinte et, dès ce moment, la Suisse s'achemine vers l'unité de législation civile et commerciale.

La Constitution donne à l'Assemblée fédérale de la Confédération le droit de légiférer en matière civile, et l'Assemblée ne tarde pas à en user. Le 24 décembre, elle adopte une loi sur l'état civil et le mariage, loi publiée le 27 janvier 1875, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1876.

Aux termes de la loi du 24 décembre 1874, les actions en divorce doivent être intentées devant le tribunal du domicile du mari (art. 43). Est réservé le recours au tribunal fédéral, en conformité de l'article 29 de la loi sur l'organisation judiciaire fédérale du 27 juin 1874.

A défaut de domicile actuel en Suisse, l'action sera intentée au lieu d'origine (bourgeoisie) ou au lieu du dernier domicile du mari.

Le tribunal permet à la femme, une fois l'action introduite, de vivre séparée de son mari et ordonne les mesures nécessaires pour l'entretien de la femme et des enfants pendant la durée du procès.

Lorsque les deux époux sont demandeurs en divorce, le tribunal le prononce, s'il résulte des

circonstances de la cause que la continuation de la vie commune est incompatible avec la nature du mariage (art. 45).

Il existe, en outre, cinq causes de divorce : l'adultère, — l'attentat à la vie, les sévices et injures graves, — la condamnation à une peine infamante, — l'abandon malicieux, — l'aliénation mentale incurable.

S'il n'existe aucune de ces causes de divorce et que, cependant, il résulte des circonstances que le lien conjugal est profondément atteint, le tribunal peut prononcer le divorce ou la séparation de corps ; cette séparation ne peut être prononcée pour plus de deux ans. Si, pendant ce temps, il n'y a pas de réconciliation entre les époux, la demande en divorce peut être renouvelée, et le tribunal prononce alors librement, d'après sa conviction (article 47).

Dans le cas de divorce pour causes déterminées, l'époux contre lequel il a été prononcé ne peut contracter un nouveau mariage avant le délai d'un an, à compter du jugement ; ce délai peut être étendu à trois ans au plus.

Les effets ultérieurs du divorce ou de la séparation de corps quant à la personne des époux, à leurs biens, à l'éducation et à l'instruction des enfants et aux indemnités à la charge de la partie

coupable, sont régis par la législation du canton à la juridiction duquel le mari est soumis (art. 49).

Les cantons, qui n'ont pas de dispositions législatives à cet égard, sont tenus d'en promulguer dans un délai fixé par le Conseil fédéral.

La loi du 24 décembre 1874 est conçue dans un esprit d'imitation du droit germanique; elle est la copie presque entière de celle du Parlement allemand (1).

Elle institue le divorce pour tous, catholiques et protestants, et détermine les motifs qui peuvent, seuls, rendre une demande en divorce recevable. Précédemment, la loi fédérale de 1862 avait statué sur les divorces dans les mariages mixtes et décidé que, si la législation cantonale du mari repoussait le divorce, celui-ci devait cependant être prononcé par le tribunal fédéral, d'après sa conviction, toutes les fois qu'il résulterait des circonstances que la vie commune était incompatible avec la nature du mariage (2).

Sous le régime nouveau, le rôle prépondérant du pasteur ou curé et des tribunaux ecclésiastiques et conseils paroissiaux disparaît. « On comprendra, disait le Message du Conseil fédéral du 2 oc-

(1) Roguin. *Traité de droit civil comp.*, p. 323.

(2) Glasson. *Op. cit.*, p. 155.

tobre 1874, qu'une loi qui existe pour tous, croyants et incrédules, catholiques et protestants, ne peut plus se soumettre aux prescriptions d'une confession. C'est pourquoi, dans ses prescriptions sur le divorce, comme dans celles sur la conclusion du mariage, l'État doit faire abstraction des vues confessionnelles des personnes, leur laissant à décider si, à côté des lois civiles, elles veulent encore en connaître de religieuses ». Il n'est pas interdit aux cantons de maintenir leurs dispositions primitives à ce sujet, mais le préliminaire de conciliation devant le prêtre devient une formalité toute platonique.

D'après la marche des idées, il était impossible qu'il en fût autrement. Quelque affranchi qu'on soit de toute attaché confessionnelle, il faut reconnaître, cependant, que l'intervention d'un ministre de la religion peut être beaucoup plus efficace que celle du juge. Celui-ci, toujours formaliste, ne peut guère, comme *ultima ratio*, invoquer que les conséquences légales de la rupture du mariage, tandis que le prêtre ou le pasteur, qui a vécu longtemps peut-être auprès des époux, qui a sondé leurs caractères, scruté leurs faiblesses, connaît mieux les arguments à employer pour leur faire entendre le langage du cœur, en même temps que celui de la raison.

La séparation de corps ne peut jamais faire l'objet d'une action principale et n'est toujours qu'un état provisoire. Par le jugement Vouga du 15 juin 1877, le tribunal fédéral a décidé que la séparation de corps ne pouvait être demandée principalement par les époux suisses, et, par le jugement Surrugues du 18 octobre 1878, il a été encore plus loin en décidant qu'elle ne pouvait pas d'avantage être prononcée entre des époux étrangers. La séparation ne doit d'ailleurs être accordée que dans le cas visé par l'article 47, lorsque les circonstances permettent d'espérer que cette tentative peut avoir quelques chances d'aboutir à un rapprochement; quand il est démontré d'avance que tout espoir semblable doit être écarté, il ne saurait en être question (Tribunal fédéral, 20 décembre 1879). Avec ce système, les époux catholiques n'ont le choix qu'entre le divorce et le support patient de l'état de choses qui, pour les non catholiques, autorise la rupture du lien conjugal.

La loi fédérale du 24 décembre 1874 a voulu rendre le divorce facile. Elle admet, à la vérité, un peu moins de causes déterminées que la plupart des codes cantonaux de la Suisse allemande; mais, par les articles 45 à 47, elle ouvre la porte à l'arbitraire le plus complet.

Sa promulgation fut accueillie par de violentes critiques. Une campagne de presse fut entreprise pour soulever contre elle l'opinion publique. On la représentait comme destinée par ses effets à porter le trouble dans l'institution du mariage et à ruiner l'Etat lui-même, qui ne reste fort qu'autant que l'union demeure dans la famille.

Cette loi ne semble pas, au surplus, avoir été comprise de tous et, dans les milieux juridiques eux-mêmes, sa rédaction ambiguë la fit apprécier de diverses façons. C'est ainsi que Mentha écrivit : « Il semble que l'article 45 pourrait sans inconvénient disparaître. En effet, la loi connaît deux causes de divorce : les causes déterminées et les causes indéterminées, qui consistent dans un ensemble de circonstances telles que le juge ne saurait espérer raisonnablement voir l'harmonie se rétablir entre les époux.

« Aux deux catégories de causes de divorce devaient correspondre deux articles : l'un, pour énumérer les causes déterminées, l'autre, pour autoriser le tribunal à prononcer le divorce lors même qu'aucune de ces causes n'existerait, pourvu qu'il estimât, d'ailleurs, la vie commune insupportable à l'un des époux ou à tous les deux. Mais au lieu de cette rédaction logique, la loi actuelle consacre à ces deux causes de divorce trois articles et non

pas deux; et même, renversant tout ordre, elle commence (art. 45) par les causes indéterminées remises à l'appréciation du juge, puis, les abandonnant, passe (art. 46) aux causes déterminées, pour revenir, enfin, (art. 47) aux causes indéterminées :

« Les deux articles 45 et 47, si nous les entendons bien, consacrent identiquement le même principe mais en des termes différents; le premier, pour le cas où les deux époux sont demandeurs, le second, pour celui où il n'y a qu'un demandeur. Or, que les deux époux demandent le divorce ou qu'un seul le réclame, cela est un fait accidentel qui n'a aucune portée juridique. Ce que le législateur veut dans l'un et l'autre cas, c'est que le juge examine s'il est possible ou non d'espérer la reconciliation des époux; c'est qu'il ne prononce le divorce qu'après avoir résolu négativement cette question. Or, l'article 47 suffit pleinement pour toutes les demandes fondées sur des causes indéterminées, sans qu'il faille un article spécial pour le cas où les deux époux sont demandeurs. Tous les divorces prononcés sans violation de l'esprit de la loi, en vertu de l'article 45, peuvent l'être aussi bien et logiquement en vertu de l'article 47. »

On fit valoir, en sens opposé, l'erreur d'interprétation sur laquelle ce raisonnement était fondé.

Le législateur aurait séparé nettement le divorce par consentement mutuel du divorce par consentement d'un seul et le système de la loi serait logique. Après avoir parlé du divorce demandé par les deux époux (art. 45), elle traite de la demande unilatérale en divorce, pour causes déterminées d'abord (art. 46); ensuite, pour causes indéterminées (art. 47).

D'après Glasson (1) le sens de l'article 45 a été détourné au point qu'on en est arrivé à dire : le fait seul que les deux époux se portent demandeurs est la preuve la plus certaine de la nécessité du divorce puisque, dans ce cas, la loi néglige les chances de réconciliation qu'offre une séparation temporaire. Ainsi la porte est largement ouverte aux abus.

Ce ne serait pas en agissant de la sorte que la jurisprudence se serait écartée des directions données par le législateur; mais bien en refusant d'admettre que le consentement mutuel des époux sera en lui-même, extérieurement du moins, une cause justifiée de divorce. Or de toutes les décisions des tribunaux, il ressort que la demande conjointe des époux pour aboutir au divorce doit être appuyée de faits sérieux et graves. Tout dépend de l'arbitraire du tribunal qui prononce

(1) Glasson. Mariage civil et divorce, p. 160.

selon sa conviction sur la gravité des faits obligatoirement allégués par les époux et peut toujours refuser le divorce, s'il les estime insuffisants pour amener la rupture complète de la communauté conjugale. La jurisprudence exige que les époux prouvent en face du juge leurs discordes, leurs manquements, leur indifférence ou leur inimitié (T. F. 21 février 1879, ép. Rütishauser, 16 février 1899 ép. C), sans toutefois que les parties puissent invoquer, à l'appui d'une demande en divorce fondée sur l'article 45, aucune des causes déterminées à l'article 46 (T F 25 janvier 1894 ép. Affeltranger).

Le tribunal fédéral s'est efforcé, d'autre part, de préciser le sens de l'article 47. Il a cherché à limiter le pouvoir du juge et à assurer le respect du mariage. Dans une jurisprudence constante, il a débouté ceux qui venaient demander le divorce en invoquant, comme preuve de la rupture du lien conjugal, leur propre fait ou leur propre inconduite, ce qui était une application judiciaire de la règle : *Nemo auditur turpitudinem suam allegans*; il a décidé que cette rupture devait avoir pour causes des fautes très graves à la charge du défendeur (décisions du 22 mai 1877 et du 26 janvier 1884); mais il n'a pas réussi à imposer complètement sa jurisprudence.

Dans certains cantons, les tribunaux, alors que l'art. 45 serait applicable, préfèrent s'en tenir à l'art. 47; ils prononcent le divorce aux torts des deux époux et déclarent leur culpabilité égale ou plus ou moins différente. Celui sur qui pèsent les plus lourdes responsabilités peut, en outre, être condamné à certaines peines pécuniaires au profit de l'autre époux (art. 49). La jurisprudence espère ainsi mettre un terme à la progression des divorces. Elle a été favorisée par le tribunal fédéral qui n'est compétent pour statuer sur les demandes de pension alimentaire que lorsqu'elles sont fondées sur la faute de l'un des conjoints, c'est-à-dire que lorsque le divorce a été prononcé en vertu des articles 46 et 47; dès que la question de la culpabilité n'est plus en jeu (art. 45), les législations cantonales et leurs tribunaux sont seuls compétents. Le tribunal fédéral ne pourra pas condamner un époux divorcé, en dehors de toute faute de sa part, à servir à l'autre une pension alimentaire; seule, la législation cantonale le peut à titre, non seulement d'indemnité, mais d'assistance. En déclarant les deux époux coupables, on est toujours sûr que le moins fortuné ne sera pas dans le dénuement.

Nous nous réservons de parler plus loin des causes déterminées de divorce qui sont sensiblement identiques sous l'empire de la loi de 1874 et

sous l'empire du code civil de 1907. Notons simplement ici que, bien que ce motif ne soit pas énoncé par la loi, le divorce a été prononcé pour impuissance antérieure au mariage par le tribunal de Genève (9 novembre 1886). Remarquons, en outre, que l'interdiction faite à l'époux coupable de contracter mariage pendant un certain délai reçoit son application dans les seuls cas visés par l'article 46.

Le divorce fait perdre au mari tous les droits découlant de l'autorité maritale. La femme reprend son indépendance, acquiert un domicile personnel, mais elle conserve le statut *civitalis* né pour elle du mariage.

Elle continue aussi de porter son nom, en vertu soit de la loi, soit de l'usage dans les cantons de Berne, Lucerne, Uri, Schwitz, Zug, Fribourg, Soleure, Bâle-campagne, Appenzell (Rh. ext. et Rh. int.), Argovie, Tessin, Vaud, Valais et Neuchâtel.

Elle reprend son nom de famille dans les cantons de Zurich, Obwalden, Glaris, Bâle-ville, Schaffouse, Saint-Gall, Grisons, Thurgovie et Genève. Dans le demi-canton de Nidwalden, elle est libre de choisir entre les deux.

Les époux divorcés perdent réciproquement tout droit sur la succession l'un de l'autre. Dans les can-

tons dont la législation s'est inspirée du code civil français et à Bâle-campagne, si des avantages particuliers sont accordés par la loi à l'un des époux ou lui ont été consentis par contrat de mariage, il en conserve le bénéfice sous la condition que la rupture du lien conjugal ne lui soit pas imputable.

Le divorce emporte séparation de biens. La femme a le droit de réclamer ce qui lui appartient. Le sort des acquêts est déterminé par le régime sous lequel les époux s'étaient mariés; la femme ne peut en réclamer une part que si elle était mariée sous le régime de la communauté, tout au moins d'acquêts. Les tribunaux n'ont, en général, à intervenir dans le règlement d'intérêts que si les époux ne parviennent point à s'entendre à l'amiable.

A Zurich (art. 223-227, c. c.) et Thurgovie (articles 123-127, c. c.), les enfants sont confiés à la mère jusqu'à cinq ans; après cet âge, au père, sauf telle mesure que les autorités tutélaires jugeraient préférable dans l'intérêt des enfants. Schaffouse adopte la limite de six ans au lieu de cinq (art. 210-214, c. c.). Dans les Grisons et à Lucerne (L. 1880, § 25), le tribunal décide à qui doit être confiée la garde des enfants. A Soleure et Argovie, les enfants sont remis, en principe, à l'époux innocent. Dans les cantons de la Suisse romande on a maintenu dans leur essence les règles inscrites aux art. 302

à 305 du code civil français. A Bâle-ville (loi sur le régime matrimonial, § 23), le tribunal prend les mesures qu'il juge les plus conformes aux intérêts des enfants.

La loi fédérale du 24 décembre 1874, avons-nous dit, a voulu rendre le divorce facile. Si nous envisageons les résultats obtenus, nous pouvons conclure que ce but a été largement atteint. En 1876, il y eut onze cent deux divorces prononcés et cent quatre-vingt-dix séparations de corps temporaires. Nulle part le divorce n'est aussi fréquent. La séparation est, du reste, de plus en plus rarement prononcée; de 1886 à 1895, il y eut, pour cent jugements prononçant le divorce, 9,6 et de 1896 à 1900, 6,8 jugements de séparation.

Dans le canton de Genève, il y eut, en 1870, six divorces; en 1871, dix; en 1872, seize; en 1873, dix-huit; en 1875, vingt-huit; en 1876, soixante-six; en 1877, cinquante. La recrudescence correspond à la mise en vigueur de la loi du 5 avril 1876, modifiant les titres II, V et VI du code civil de Genève.

Onze cents divorces, en 1877, et mille trente-six, en 1878, furent prononcés pour toute la Suisse.

Une statistique portant sur dix-sept années, achève de nous édifier.

Années.	Nombre de divorces prononcés	Consentement mutuel. Art. 45.	Atteinte profonde au lien conjugal. Art. 47.	Attentat à la vie, sévices, injure grave. Art. 46.	Adultère. Art. 46.	Abandon malicieux. Art. 46.	Condannation infamante. Art. 46.	Aliénation mentale. Art. 46.
1886	899	303	341	154	120	139	57	11
1887	925	333	326	178	140	118	51	16
1888	841	310	275	147	124	106	35	14
1889	865	313	301	188	120	104	36	20
1890	880	304	305	161	96	108	29	16
1891	877	334	270	176	112	90	23	14
1892	881	310	263	178	121	106	38	20
1893	903	329	277	181	133	87	52	16
1894	932	341	216	198	139	75	43	18
1895	897	332	268	200	105	85	30	15
Total.	8.900	3.179	2.942	1.761	1.210	1.018	394	160
Moyenne annuelle.	890	317	294	176	121	101	39	16
Proportion.		30 %	28 %	17 %	11 %	8 %	4 %	2 %

Années.	Divorces prononcés.	Causes		Proportion des divorces pour 1.000 mariages existants.
		Art. 45.	Art. 47.	
1896	1.057	381	312	2,13
1897	1.011	387	248	2,01
1898	1.048	416	265	1,99
1899	1.091	426	299	2,10
1900	1.025	382	263	1,95
1901	1.027	413	284	1,93
1902	1.105	461	317	2,05 (1)

(1) Statistique officielle de la Suisse. 103^e livraison. (Introduction, p. 30, col. 2.)

Les cantons où l'on divorce le plus, sont Zurich, Glaris, Schaffouse, Appenzell (Rh. ext.) et les cantons où l'on prononce le plus de divorces, sont également ceux où l'on rejette le plus de demandes.

Quel que soit le motif allégué, la proportion des divorces n'en reste pas moins, sensiblement, la même; cela résulte nettement de la comparaison suivante :

Pour 100 divorces en 1895.	Consentement mutuel. Art. 45.	Excès, sévices, injures graves Art. 46.	Adultère. Art. 46.	Atteinte profonde au lien conjugal. Art. 47
Zurich, Berne, Thurgovie. . . .	57	8	8	31
Vaud, Neuchatel, Genève. . . .	5	60	17	13

Les influences confessionnelles sont très visibles sur le nombre des divorces, ils sont beaucoup plus fréquents dans les districts protestants que dans les districts catholiques. Sur mille mariages catholiques, on compte 0,67 divorces; sur mille mariages protestants, 2,65; sur mille mariages mixtes, 4,02. En tenant compte du chiffre relatif de la population correspondante, on trouve que les ménages protestants divorcent trois fois plus que les catholiques et les ménages mixtes cinq fois plus.

Les divorces sont aussi plus fréquents à la ville qu'à la campagne (3,82 contre 1,80 pour mille).

Ils sont, enfin, d'autant plus fréquents que s'accroît la différence d'âge entre les époux, surtout quand la femme est plus âgée que le mari; d'autre part, sur cent mariages dissous par ce mode, il y a quarante ménages sans enfants.

TRAVAUX PRÉPARATOIRES DU CODE CIVIL DE 1907

La révision de la Constitution, en 1874 ne fut pas, à la vérité, la première manifestation des tendances de la Suisse à l'unité de législation civile et commerciale. Dès l'année 1868, la Société suisse des juristes, pétitionna auprès des autorités fédérales pour demander un droit civil unique : en quoi elle fut appuyée, en 1869, par le gouvernement du canton d'Argovie. De 1868 à 1870, parvinrent des pétitions adressées de Zug, Lucerne, Zurich et Uri en faveur de l'unification du droit. En 1883, dans la réunion annuelle de la Société suisse des juristes, à Saint-Gall, les professeurs Hilty et König, de Berne, réclamèrent, à nouveau, l'élaboration d'un droit civil applicable sur tout le territoire de la Confédération. Le professeur Eugen Huber fit paraître, de 1886 à 1893, un ouvrage en quatre volumes : « Sys-

tème et histoire du droit civil suisse », et fut, enfin, chargé, par le Conseil fédéral, en 1892, de rédiger un avant-projet de code civil qui, terminé en 1896, et modifié en 1900, fut publié avec un Exposé des motifs, en 1901 et 1902. La compétence législative de la Confédération avait été étendue à toutes les matières du droit civil par la revision constitutionnelle du 13 novembre 1898. Le département fédéral de justice et de police désigna une commission de rédaction et l'avant-projet fut discuté en quatre sessions. La première, celle dans laquelle on s'occupa du droit des personnes et de la famille, se tint à Lucerne, du 7 au 30 octobre 1901 et les travaux furent achevés à la fin du mois de novembre 1903. Il y eut donc, en réalité, trois projets successifs; dans le premier, rédigé en 1896, les articles du chapitre « divorce », portent les numéros 155 à 178; dans le second, paru en 1901, les numéros 159 à 181 et, dans le troisième, datant de 1904, les numéros 144 à 166.

La question du divorce apparut aux législateurs comme importante au premier chef et dans la discussion de l'assemblée fédérale sur l'unification du droit ([question d'introduction], conseil d'Etat, séance du 17 mars 1897). Richard se fit, par cette déclaration, l'interprète des sentiments de nombre de ses collègues : « L'une des questions

« que le droit suisse aura probablement le plus de
« peine à résoudre, dit-il, c'est celle du droit de fa-
« mille; on s'imagine aisément combien la tâche
« du législateur sera pénible, ardue. La notion de
« famille repose sur des conceptions religieuses ou
« philosophiques qui puisent leurs racines au plus
« profond du domaine de la conscience, des concep-
« tions qui se refusent à se laisser broyer sous le
« laminoir de la loi. C'est dans cette partie, tout
« spécialement, qu'il faudra apporter un esprit de
« tolérance et de largeur, qu'il faudra souscrire aux
« plus grandes concessions. »

L'exposé des motifs du département fédéral de justice et de police, paru à Berne, en juillet 1901, sous la signature de M. Eugen Huber, était destiné à servir de guide à la commission qui allait être appelée à discuter sur l'avant-projet publié vers le même temps.

Un compte rendu des séances de la commission des experts fut édité à la suite des délibérations, rédigé, pour la plus grande part, en allemand. Peu familiarisé sans doute avec cette tâche, le rédacteur n'a pas reproduit exactement les paroles de chaque orateur; il s'est borné à les résumer.

Les travaux de la commission des experts et de la commission de rédaction, adjointe à celle-ci, donnèrent naissance au projet de code de 1904.

C'est sur ce dernier que fut entreprise la mise au point définitive du code civil suisse. Au moment où cette tâche nouvelle allait être assumée par l'Assemblée fédérale, un message lui fut adressé, le 28 mai 1904, par M. Comtesse, président de la Confédération, exposant clairement les résultats des efforts tentés jusqu'à ce jour.

« La législation actuelle, dit-il, nous a fourni les
« éléments essentiels du titre de divorce. Nous
« avons, en somme, conservé les causes du divorce
« consacrées par la loi de 1874; il a suffi de quel-
« ques changements de texte et de quelques dis-
« positions complémentaires (art. 144 à 148). Les
« causes indéterminées dont la loi précitée traite
« dans deux articles distincts (art. 45 et 47), ont été
« réunies en un seul (art. 149). Nous espérons avoir
« coupé court à de nombreuses controverses.

« Les actions en divorce et le jugement sont éga-
« lement soumis aux principes du droit en vigueur.
« Mais, à cet égard, on a dû modifier, sinon la loi
« sur l'état civil et le mariage, du moins, la juris-
« prudence qui l'a interprétée. On n'ignore point
« que l'article 47 de cette loi confère au juge la fa-
« culté de prononcer, sous certaines conditions, une
« séparation de corps temporaire, au lieu de décl-
« rer la dissolution du lien conjugal. Dans les lois
« cantonales d'introduction, sanctionnées par le

« Conseil fédéral (feuille fédérale 1876, II, page 124)
« et devant les tribunaux des cantons, on est parti,
« à l'origine, de l'idée qu'une séparation de corps
« pouvait être intentée directement par l'un des
« époux, tandis que, plus tard, le tribunal fédéral
« (voir entre autres, arrêts III, page 373), a reconnu
« que cette action était inconciliable avec les textes
« légaux. Que cette opinion pût s'appuyer sur la
« lettre de la loi, en particulier sur la traduction
« française, on ne saurait le contester; toujours est-
« il que cette solution imposait une contrainte
« injustifiée aux conjoints. Il est des circonstances
« dans lesquelles ceux-ci n'ont aucun intérêt à ce
« que leur ménage soit dissous; il est possible,
« même, qu'ils ne veuillent l'un et l'autre pas aller
« jusqu'au divorce, soit en vue de leurs enfants,
« soit pour des motifs religieux, et qu'ils préfèrent
« demeurer dans les liens d'un mariage qui leur
« est devenu insupportable, plutôt que de le rom-
« pre définitivement. De quel droit le législateur
« ne leur laisserait-il que cette alternative : le di-
« vorce ou la vie commune? Il n'a aucune raison
« plausible d'en décider ainsi, des l'instant où deux
« sauvegardes sont instituées pour des motifs d'or-
« dre public. Tout d'abord, la dissolution juridique
« du mariage ne peut être exclue que si ni l'un ni
« l'autre des conjoints ne la demandent, satisfaits

« qu'ils sont de la séparation de corps. D'un autre
« côté, même si le juge prononce la séparation, il
« importe d'en limiter la durée. C'est dans ce sens
« que le projet introduit, outre l'action en divorce,
« une action directe en séparation de corps (ar-
« ticle 150.) La séparation de corps ne pourra être
« reconnue pour un temps excédant trois années;
« ce délai expiré, chacun des époux même le dé-
« fendeur, aura la faculté de provoquer un juge-
« ment en divorce, qui devra être prononcé en
« vertu des faits précédemment constatés, si la
« cause de divorce n'a pas disparu dans l'intervalle.
« De plus, les tribunaux saisis d'une action en di-
« vorce ou d'une action en séparation, au cours de
« laquelle le défendeur conclut au rejet de l'action
« en divorce, ne pourront prononcer la séparation
« de corps que si la réconciliation des époux paraît
« possible. Le projet ne restreint plus l'admissibi-
« lité de la séparation de corps aux cas de causes
« indéterminées de divorce de l'article 47, car, à
« l'ordinaire, celles-ci se confondent virtuellement
« avec les causes déterminées; puis, si l'on donne
« aux époux une action directe en séparation, et si,
« du fait qu'ils sont d'accord, le jugement ne peut
« prononcer que cette séparation, il serait étrange
« d'en restreindre l'admissibilité aux causes pré-
« vues par la loi de 1874, à l'article précité (art. 153
« à 155).

« Les dispositions du projet sur les *effets civils*
« du divorce sont nouvelles; le droit actuel réser-
« vait ces questions à la législation cantonale. Les
« articles 158 et suivants peuvent se résumer ainsi :
« Il y a lieu à dommages-intérêts, auxquels pourra
« s'ajouter une indemnité à titre de satisfaction, si
« de graves atteintes ont été portées à la situation
« de l'un des époux; selon les circonstances, il sera
« loisible également d'accorder des prestations ali-
« mentaires à celui d'entre eux qui serait dans
« le besoin, et ces prestations devront être acquit-
« tées par le conjoint aisé, alors même qu'aucune
« faute ne lui serait imputable (art 158 à 160). On
« liquidera les intérêts pécuniaires des conjoints;
« sous quelque régime matrimonial que ce soit,
« mari et femme reprendront leurs biens, le mari
« étant responsable des apports de l'épouse, et le
« bénéfice devant se répartir en conformité du
« régime auquel les époux étaient soumis (art. 161
« et 162). Le projet règle ensuite les droits des pa-
« rents, et comme il n'existe pas de solution qui
« puisse s'appliquer également dans tous les cas,
« le juge apprécie souverainement, (art. 163-164).
« Le divorce n'influe pas sur la condition civile de
« la femme. En principe, celle-ci portera doréna-
« vant le nom de famille qu'elle avait avant la célé-
« bration de son mariage dissous, (art 156). Le délai

« d'attente de deux ans au plus, imposé à l'époux
« coupable, pourra être étendu à trois ans dans le
« cas d'adultère (art. 157); cette disposition va, dans
« une mesure pleinement justifiée, au-devant des
« vœux de ceux qui préféreraient, dans cette hypo-
« thèse, interdire le mariage de l'époux coupable
« avec son complice.

« Le projet a complété encore les prescriptions
« relatives à la procédure, en matière de divorce,
« pour assurer l'application, aussi uniforme et aussi
« rationnelle que possible de la loi. Le droit en
« vigueur aujourd'hui, ne renferme que des règles
« concernant les mesures provisionnelles et le for.
« Nous y avons ajouté ceci : le juge est tenu de se
« convaincre par lui-même de l'exactitude des faits
« allégués; le serment ne peut être déféré sur ces
« faits ni à l'une ni à l'autre des parties; les déclara-
« tions des intéressés ne lient pas l'autorité judiciaire
« qui apprécie librement les preuves fournies;
« toutes conventions ayant trait aux effets acces-
« soires du divorce ou de la séparation de corps
« devront être ratifiées par le juge (art. 165).

TROISIÈME PARTIE

CODE CIVIL DU 10 DÉCEMBRE 1907. — DES CAUSES DE DIVORCE

Le code civil suisse admet six causes de divorce alors que la loi française de 1884 n'en reconnaît que trois. L'adultère, les excès, sévices et injures graves et la condamnation à une peine afflictive et infamante.

§ 1^{er}. — CAUSES DÉTERMINÉES. — I. *Adultère*. — L'adultère occupe ici, comme dans toutes les législations, la première place. « Chacun des époux, dit l'article 137, peut demander le divorce pour cause d'adultère de son conjoint.

L'action se prescrit par six mois, à compter du jour où l'époux offensé a connu la cause de divorce et, dans tous les cas, par cinq ans depuis l'adultère.

Elle est irrécevable dans le cas de consentement à l'adultère ou de pardon ».

Les deux époux sont égaux devant la loi. Une seule et même condition est requise de chacun d'eux : prouver la culpabilité du conjoint incriminé.

Dans la séance de la commission des experts, tenue le 17 octobre 1904, Silbernagel avait proposé d'exiger de plus qu'il y eut lésion pour l'époux demandeur ; on aurait dû, selon lui, dire : « L'époux, profondément lésé par l'adultère de son conjoint, etc... » Le rapporteur fit observer fort justement que l'adultère représente en lui-même une blessure grave et que c'est seulement exceptionnellement qu'il ne conduit pas à la rupture du lien conjugal.

Schmid remarqua que tout en tenant compte de cette dernière observation, on devait constater que le terme « lésé » ne peut suffire à tout faire entendre et qu'en conséquence il y aurait lieu d'admettre comme troisième alinéa, le passage suivant : « Le droit de demander le divorce n'existe pas pour l'époux qui a occasionné, suggéré l'adultère, non plus que pour les deux époux qui se sont rendus coupables du même fait, de façon à bien déterminer que c'est à la partie innocente seulement que le droit est ouvert. On a donné suite à cette remarque en ajoutant, à l'article du projet, une disposition qui exprime la même idée sous

une forme plus concise. Le divorce est donc refusé à l'époux qui a consenti à l'adultère de son conjoint ou s'en est rendu complice. Il eut été intolérable et odieux que celui qui a incité son conjoint à la faute, et la lui a facilitée comme à plaisir, pût venir se plaindre d'un fait qu'il avait provoqué ou rendu possible.

L'adultère n'est, en général, pas sujet à prescription. L'Allemagne, la Hongrie et la Suisse font exception et admettent ainsi une présomption de pardon ne souffrant pas la preuve contraire. La loi fédérale du 24 décembre 1874 refusait l'action à l'époux qui avait laissé s'écouler six mois depuis l'acte reprochable. Le code stipule, en outre, que dans tous les cas, c'est-à-dire, même si l'époux outragé n'en a pas eu connaissance, l'action se prescrit par cinq ans depuis l'adultère.

Le projet de 1896 mentionnait à côté du motif dont nous nous occupons, les délits contre les mœurs. Dans la dernière revision cette adjonction à l'article 137 a été supprimée : effectivement, si ces actes constituent un délit, ils vaudront comme motif particulier de divorce conformément à l'article 139 ; sinon, il est impossible de les assimiler à l'adultère.

Un dernier point est à mettre en évidence. L'union des catholiques et l'association des pasteurs

avaient émis conjointement, en 1901, une proposition d'après laquelle l'adultère devait être imputé dans le jugement à l'un ou à l'autre des époux et au complice, de sorte qu'on en put tenir compte lors d'une demande en nouveau mariage. Cette motion fut rejetée comme sans objet, l'adultère ne constituant plus désormais un empêchement de mariage.

II. *Attentat à la vie, sévices, injures graves.* — La seconde cause de divorce admise est relative aux sévices et injures graves. L'article 138 est ainsi conçu : « Chacun des époux peut demander le divorce pour cause d'attentat à sa vie, sévices ou injures graves de la part de son conjoint.

L'action se prescrit par six mois à partir du jour où l'époux offensé a eu connaissance de la cause de divorce et dans tous les cas par cinq ans depuis l'acte reprochable.

Elle est irrecevable dans le cas de pardon. »

L'action n'est ouverte qu'à l'époux offensé. Lors des délibérations de la commission des experts, Burekhardt avait demandé qu'il fût dit ici : « L'époux en tant qu'il est lésé. » Sur quoi Mentha fit observer que l'attentat à la vie constitue toujours une lésion. On est en droit de se demander même, s'il était bien nécessaire de déclarer de façon expresse que l'attentat à la vie du conjoint constituait une

cause de divorce. Il semble en effet que les actes qui mettent en péril l'existence d'un individu rentrent de plein droit dans la catégorie des sévices sans qu'il soit besoin de mention spéciale.

Fondée sur l'un ou l'autre de ces faits, la demande, si l'époux offensé a eu connaissance de la cause de divorce doit être intentée dans les six mois à partir du moment où il a appris son existence; s'il n'en a pas eu connaissance l'action est prescrite par cinq ans depuis l'attentat, les sévices ou injures. La prescription se comprend plus aisément ici, tout au moins en ce qui concerne les sévices ou injures, que dans le cas d'adultère. Les brutalités ou grossièretés varient d'importance suivant le degré d'éducation de celui qui les a commises, elles sont susceptibles de plus ou de moins. La présomption de pardon est la conséquence logique du défaut d'action. L'adultère, au contraire, est un fait dont la gravité reste toujours sensiblement la même et dont la portée peut être comprise par l'homme à l'intelligence la moins affinée.

III. *Délit infamant, conduite déshonorante.* — Nous avons en troisième lieu le cas où l'un des conjoints a commis un délit infamant ou même une conduite déshonorante. Article 139 : « Chacun des époux peut demander le divorce en tout temps lorsque son conjoint a commis un délit in-

fâmant ou mène une conduite si déshonorante que la vie commune est devenue insupportable au demandeur. »

Ce n'est plus la condamnation qui justifie l'ouverture de l'action, mais l'acte délictueux lui-même. En général les peines privatives de la liberté autorisent seules le divorce; il faut que l'époux contre lequel l'action est dirigée ait été frappé d'une peine criminelle d'une certaine durée. Le code de 1907, en décidant autrement, s'est placé à un point de vue qui paraît plus équitable. Ce n'est pas le châtiment qui rend méprisable l'auteur d'un acte mais le fait d'avoir commis l'acte; aussi, que la partie lésée porte ou non plainte, il n'en résultera pas moins que l'époux dont le conjoint aura commis un délit, pourra intenter avec succès une demande en divorce contre lui.

On avait essayé d'introduire ici une fin de non recevoir comme celles figurant aux deux articles précédents et Weber (délibérations de la commission des experts, art. 161 du projet de 1901), était d'avis de diviser l'article en deux parties. Dans le premier cas, cas du délit, un délai d'un an aurait été prévu afin que, si la demande n'avait pas été formulée dans l'année, le pardon pût être présumé.

D'autre part Burckhardt souhaitait une détermination précise du délit; à quoi le rapporteur

objecta que les mots commettre un délit, n'étaient employés qu'avec la réserve d'une proche définition dans le code pénal.

Devait-on assimiler aux délits de droit commun les délits contre la patrie? Il y a des délits politiques qui justifient le désir de divorce. On a reconnu avec raison qu'il y aurait là une arme des plus dangereuses, entre les mains du juge, susceptible d'amener des abus.

Le législateur s'est montré plus large également, en matière d'atteinte à l'honneur. « Une conduite déshonorante, à un haut degré, dit Eugen Huber; par exemple, l'exploitation d'une maison de tolérance, doit être considérée comme une cause de divorce ».

Il est entendu que, dans l'un comme dans l'autre cas, il faudra tenir compte de la formule restrictive : « si la vie commune est devenue insupportable au conjoint innocent ». Le juge a un pouvoir d'appréciation, et ne prononce le divorce que si la condition lui semble réalisée.

IV. *Abandon malicieux*. — Vient ensuite l'abandon du domicile conjugal, art. 140. « Chacun des époux peut demander le divorce, pour cause d'abandon malicieux, ou lorsque, sans de justes motifs, son conjoint ne réintègre pas le domicile

conjugal, à la condition que l'abandon ait duré au moins deux ans, et n'ait pas pris fin.

A la requête de l'époux offensé, le juge somme publiquement, s'il est nécessaire, l'époux absent de rentrer au domicile conjugal dans les six mois. L'action ne peut être intentée qu'après l'expiration de ce délai ».

L'abandon justifie le divorce, quel que soit celui des époux qui s'en rend coupable, mais doit, nécessairement, être malicieux. La non réintégration du domicile conjugal, sans justes motifs, a le même effet.

Les délais sont déterminés avec plus de précision que sous le régime de la loi de 1874. L'alinéa 2 fait allusion à la possibilité d'une réconciliation; il sera loisible de renoncer à la publication et à la sommation de réintégrer, si cette dernière n'a aucune chance de succès. Le système suisse se rapproche du système allemand, d'après lequel l'époux abandonné doit attendre un certain temps, avant de pouvoir s'adresser au juge pour lui demander d'obliger son conjoint à revenir.

Le projet de 1901 prévoyait, d'une part, un délai d'un an et, d'autre part, si la réconciliation des époux paraissait possible, trois sommations faites à intervalles convenables.

A la rédaction du projet, Silbernagel aurait pré-

fééré celle-ci : « Si un époux laisse l'autre, dans le dessein de s'abstenir des obligations et rapports conjugaux et reste absent pendant un an, ou refuse de recevoir son conjoint près de lui, ou ne fait pas l'impossible pour amener une réunion. l'autre époux peut... »

Burckhardt demandait d'insister sur la question de mauvaise volonté; d'accord avec lui, Schmidt faisait observer qu'en laissant subsister dans l'alinéa 1^{er} un délai plus court que dans le droit actuel, on semblait vouloir faciliter le divorce. Reichel réclamait le maintien du droit antérieur. Suivant lui, dans tous les cas, la sommation devait être transmise avant la plainte, pour éviter que ne survienne un ajournement légal du procès.

D'après Isler, la question de l'abandon ne méritait pas qu'on s'arrêtât longuement à la régler, le système de la loi de 1874 ayant à peine trouvé son application. Il établit que l'époux demandeur, qui pourrait s'appuyer sur l'abandon malicieux, fait presque toujours valoir d'autres motifs : tel, le délabrement de l'union conjugale. Il n'a recours à la demande en divorce que lorsqu'il a longtemps attendu, et que sa patience est à bout. On ne peut exiger de lui une attente supérieure à deux ans.

Planta démontra, à l'encontre, que dans le can-

ton des Grisons, les demandes en divorce pour abandon malicieux étaient communes; et que la fréquence plus ou moins considérable de celles-ci dépendait absolument de la disposition du juge vis-à-vis de l'article 47 de la loi présente.

Il fut décidé que, dans le 1^{er} alinéa de l'article, il serait dit deux ans et dans le second, six mois; que le délai de six mois ne serait pas compris dans les deux années, et, enfin, qu'une seule sommation serait nécessaire.

C'est avec raison qu'on s'est attaché à rendre cet article précis. Il aurait été illogique de le laisser subsister en ne réglant pas sa formule dans le sens propre à amener les meilleurs résultats. De deux choses l'une, en effet : ou il est inutile, si on admet que, dans le cas visé, on pourra tout aussi bien invoquer l'atteinte profonde au lien conjugal, et, alors, il faut le supprimer; ou il est utile, et l'expérience démontre qu'il l'est, puisqu'il en est fait usage, et, alors, il faut le maintenir. N'y eut-il eu qu'un citoyen demandeur en divorce, pour cause d'abandon malicieux, c'était se montrer libéral et, partant, pour le législateur suisse, rester d'accord avec le principe qu'il s'était choisi, en assurant à l'un et à l'autre des époux les plus sûres garanties. Du reste, rien n'empêchera le juge, après un abandon pénible, si bref soit-il, de considérer les

relations conjugales comme gravement troublées.

V. *Aliénation mentale*. — Nous arrivons à l'aliénation mentale. Article 141 : « Chacun des époux peut demander le divorce en tout temps, pour cause de maladie mentale de son conjoint, si cet état rend la continuation de la vie commune insupportable au demandeur et qu'après une durée de trois ans, la maladie ait été reconnue incurable, à dire d'experts ».

L'aliénation mentale peut servir de fondement à une demande en divorce, à condition d'avoir eu une certaine durée au moment où l'action est intentée, et d'avoir été déclarée incurable. Il faut, en outre, que l'état mental de l'aliéné rende la continuation de la vie commune insupportable au demandeur. « Les Suisses, dans ce cas, dit M. Fernand Rome (1), se fondent sur l'absence de volonté bilatérale; l'aliéné incurable est un mort pour eux et la contrainte au célibat du conjoint bien portant est sans portée morale. L'absence de volonté bilatérale pourrait se comprendre, à la rigueur, s'il était admis que le mariage est un contrat qui se renouvelle chaque jour. C'est la conception des juristes et légistes, nos voisins, mais elle heurte

(1) Fernand Rome. *France judiciaire*, 1903. Notes sur l'avant-projet de code civil suisse.

l'opinion que d'autres se font des contrats. Ceux-ci, en effet, comme le mariage, subsistent jusqu'à ce que leur résiliation ait été prononcée par les tribunaux, et ils ne peuvent être dénoncés qu'autant qu'une faute de l'un des contractants a été démontrée. L'aliénation mentale ne peut être imputée à faute à celui qui en est atteint, et il semble équitable qu'un fait indépendant de la volonté ne puisse pas être reproché au conjoint, victime d'un cas fortuit ».

La contrainte au célibat ne doit pas toucher davantage, ou bien il faut admettre, comme motif de divorce, toute cause de célibat pendant le mariage. La menace de scandale qui résulterait d'un pareil état de choses est une garantie certaine contre son adoption, pourquoi alors le célibat justifierait-il le divorce dans un cas et pas dans les autres? Pourquoi les conjoints d'aliénés recevraient-ils un traitement préférable à ceux des conjoints impuissants accidentels? »

L'exposé des motifs (1) de l'avant projet du code civil explique d'autre part le maintien de la prohibition de mariage pour cause d'aliénation mentale « par le souci de mariages sains, comme aussi par

(1) Exposé des motifs, tome I, p. 114.

la crainte de voir se propager les maladies mentales. »

On peut justifier le divorce pour cette cause par le même argument, mais il n'est pas nécessaire d'aller chercher si loin une raison qui est toute proche : le simple désir de sauvegarder la vie du conjoint sain d'esprit.

Silbernagel, dans son mémoire sur le département de justice, avait mis en avant la disposition suivante. « L'un des époux est-il atteint de maladie mentale au point que leurs rapports intellectuels sont supprimés en totalité ou en grande partie ou que, en raison de l'état du malade, la sécurité de l'autre époux est gravement menacée, ce dernier pourra, cet état ayant été démontré incurable, demander le divorce, en tout temps, trois ans écoulés depuis le début de la maladie. » Il souhaitait même qu'on fit aux mots « maladie mentale » cette addition « ou maladie corporelle incurable ».

D'après l'« Exposé des motifs » le professeur Eugen Huber eut admis que l'aphasie, l'agraphie, certaines formes de monomanie, en un mot, tous les troubles mentaux de quelque étendue qu'ils fussent, pussent fonder une demande en divorce. Et Buehlmann, lors des délibérations de la commission des experts alla plus loin encore. A côté de la folie, il eut voulu voir figurer les maladies dégoûtantes ou

contagieuses, la tuberculose et surtout, malgré que le rapporteur observât qu'on peut d'ordinaire la combattre avec succès, la syphilis qui, comme le disait Glaser, n'est souvent découverte que trop tard.

Planta fit intervenir la question de sentiment en déclarant qu'il était contraire à la nature du mariage qu'en de pareilles circonstances l'époux bien portant abandonnât l'autre, et que d'ailleurs, on pouvait supposer le cas où la naissance et la découverte de la maladie amènent un tel bouleversement dans les rapports conjugaux qu'on pourrait obtenir le divorce en se basant sur l'article 164 du projet (142). L'hystérie, des idées fixes ou troubles mentaux partiels ne devraient pas suffire pour motiver la demande.

Hoffmann se joignit à lui dans l'opinion qu'aux considérations morales s'ajoutaient des considérations pratiques, la tuberculose n'étant nullement démontrée incurable et toutes les maladies innocentes (ainsi les maladies de peau) pouvant être contagieuses sans que le divorce fut admissible pour cela.

Lors du vote on se rallia à l'idée que seule, la maladie mentale rendant la continuation des relations conjugales impossible, pourrait servir de base à une demande en divorce. Le point de départ

du délai de trois ans prévu est le début de la maladie, tandis que la rédaction primitive ne faisait courir le délai que dès le moment où la maladie avait été reconnue incurable.

N'y aurait-il pas eu lieu d'avoir égard au danger couru bien plutôt qu'au trouble apporté dans le ménage et dont le conjoint sain d'esprit souffrira beaucoup plus ou beaucoup moins selon son tempérament? Il semble bien que oui. Or, de l'avis des médecins spécialistes, toutes les folies sont dangereuses, et de plus il est souvent fort difficile de prévoir le moment où le danger prendra naissance.

Le professeur Gilbert Ballet au chapitre des « Maladies mentales » du traité de médecine de Bouchard et Brissaud distingue deux séries de cas : ceux où la folie relève certainement d'une intoxication ou d'une maladie antérieure nettement reconnue, et ceux où les troubles mentaux constituent toute la maladie, les psychoses, pour employer le terme technique. Il ne s'agit ici que de folies définitivement établies.

Dans le premier ordre de faits, les troubles vont le plus souvent en s'accroissant de façon certaine, au point que l'on peut presque à coup sûr prédire l'évolution de la maladie. Il en est ainsi, par exemple, de la paralysie générale qui se présente de façon

relativement fréquente et que les auteurs actuels rapportent pour la plupart à une syphilis plus ou moins ancienne, avouée ou ignorée du malade.

Lorsque la démence n'est engendrée par aucune cause certaine, les accès de folie dangereuse reviennent soit à intervalles à peu près réguliers, soit sans règle fixe.

Dans les deux cas, nous croyons que le conjoint sain d'esprit doit pouvoir se libérer d'une union périlleuse pour lui.

Il y a une ressource autre que le divorce, nous dira-t-on, celle de faire interner l'aliéné. Tant que ce dernier sera calme, c'est une mesure que l'autre époux hésitera à prendre, et, du jour où il s'y résignera, il se condamnera lui-même à un veuvage fictif. Cette situation fausse lui apportera une somme de tristesses imméritées qu'il est humain de lui épargner.

A notre avis le divorce doit être admis quand tout espoir de guérison est perdu ; il ne serait même pas nécessaire que la continuation de la vie commune soit devenue insupportable au demandeur mais il suffirait qu'elle fut, de l'avis des docteurs, devenue dangereuse pour lui. (On peut supposer, en effet, le cas où le dément est atteint de monomanie en apparence bénigne et où pourrait être objecté à l'époux demandeur que les soins qui lui

incombent à l'égard de son conjoint et les contrariétés qu'il éprouve de son fait, sont simplement la conséquence des devoirs de secours et assistance assumés au moment du mariage.)

D'autre part, si on se laisse guider par la crainte de voir se propager les maladies mentales, on doit admettre également la rupture du lien conjugal pour toutes les maladies héréditaires dûment constatées, telles que l'épilepsie, la syphilis, la tuberculose pour ne parler que des plus connues. Cette théorie n'est pas insoutenable : il conviendrait seulement pour donner au principe toute sa valeur, de s'entourer des plus grandes précautions.

En France, l'intention du législateur est de n'admettre comme motifs de divorce que le fait, l'acte volontaire accompli par l'un des époux. Cette idée a fait écarter l'aliénation mentale de notre loi qui, d'une façon générale, ne reconnaît pas l'état de maladie d'un des époux comme constituant une cause légitime de rupture du lien conjugal. La jurisprudence se conforme à la règle (Lyon, 20 novembre 1903) (1); ainsi l'aliénation mentale de l'un des conjoints n'a pu motiver le divorce que due à l'alcoolisme et précédée de scènes d'ivrognerie injurieuses pour l'autre (Agen 30 janvier 1905) (2).

(1) D. 1904. VI, 2, 136.

(2) D. 1905. III, 2, 63-64.

Les maladies vénériennes commencent à se faire une place parmi les causes de divorce; encore faut-il que le mari ait eu connaissance de son état (Paris, 5 février 1876 (1) Cassation, 18 janvier 1892 (2) tribunal de Saint-Quentin, 24 janvier 1907 (3).

Aucun délai de prescription n'a été prévu pour les trois dernières causes de divorce déterminées, parce qu'elles ne résident pas dans des actes isolés, mais qu'elles supposent un état permanent durant lequel le droit de les invoquer ne s'éteint jamais.

§ 2. CAUSE INDÉTERMINÉE. — *Atteinte profonde au lien conjugal*. — Le code civil suisse, dans le dernier cas qui nous reste à considérer, a eu un double but : conserver le principe des causes indéterminées, et laisser au juge une certaine liberté d'appréciation, en excluant l'arbitraire. Il s'est efforcé d'y arriver, en condensant les deux articles 45 et 47 de la loi de 1874 en un seul, et en donnant à la nouvelle disposition une formule plus claire. « Chacun des époux peut demander le divorce, lorsque le lien conjugal est si profondément atteint, que la vie commune leur est devenue insupportable.

Si la désunion est surtout imputable à l'un des

(1) D. 76. 5, p. 405.

(2) S. 92, 1, 80.

(3) S. 1907. 2, 250.

conjoints, l'action ne peut être intentée que par l'autre », art. 142.

M. le professeur Eugen Huber s'est efforcé d'énoncer clairement ses intentions, dans l'exposé des motifs : « Il est des situations, dit-il, dans lesquelles le lien conjugal est bien plus profondément atteint que dans le cas d'une cause déterminée de divorce et qui, cependant, ne rentrent pas dans l'une de ces causes. A cet égard, la loi doit renfermer un texte qui autorise le divorce. La seule question à discuter est celle de savoir en quels termes la cause générale doit être formulée.

« La loi actuelle (24 décembre 1874) lui consacre deux articles (45 et 47); le premier emploie la formule : « Si la continuation de la vie commune est incompatible avec la nature du mariage », et le deuxième dit : « Si le lien conjugal est profondément atteint ». L'article 45 institue une action en divorce, introduite par les deux époux : l'article 47 règle l'hypothèse d'une demande émanant d'une seule des parties. La jurisprudence est, dans ce domaine, d'une incertitude telle qu'il est, de toute nécessité de lui donner une assise plus solide, par un nouveau texte.

« Le projet cherche à atteindre ce but en condensant, tout d'abord, les deux formules en une

« seule. A la vérité, il faut tenir compte de l'éven-
« tualité où la demande serait intentée par les deux
« époux, non toutefois en ce que les éléments jus-
« tificatifs du divorce seraient différents en cas de
« demande conjointe, — ce qui équivaldrait à
« conférer à celle-ci le caractère d'une condition
« spéciale de divorce —, mais, en ce sens que l'ac-
« tion formée par un seul époux sera recevable, si
« le demandeur établit que sa décision est entière-
« ment ou principalement imputable au défendeur,
« à défaut de quoi, on exigera que les deux époux
« actionnent en divorce (art. 164. al. 1 et 2). Cette
« solution ne facilite pas le divorce en regard du
« droit actuel, mais elle marque plus clairement
« que la demande introduite par les deux conjoints
« doit être aussi bien fondée que celle émanant
« d'un seul, ce qui était considéré comme douteux,
« à raison des formules divergentes des articles 45
« et 47 de la loi de 1874.

« Ajoutons qu'il n'y aura, de même, plus d'équi-
« voque au sujet de savoir si la demande conjointe
« suffirait, en soi, pour justifier l'action en divorce.
« Elle ne la justifierait pas plus qu'une déclaration
« des deux époux, affirmant que la cause de la dis-
« solution du lien conjugal existe; au contraire, il
« faut toujours que l'existence de cette cause soit
« objectivement établie toutes choses probléma-

« tiques sous l'empire de l'article 45, précité ».

La commission préparatoire du projet de 1901 s'était décidée à faire abstraction de toute énumération d'indices isolés, pour choisir une formule qui atteignit un degré d'intensité considérable. L'élément requis consistait, dans le cas du 1^{er} alinéa, en la communauté de demande, tandis que, dans le second, le fait important était la culpabilité de l'un des époux. La rédaction du projet a été conservée; néanmoins, et cela, malgré les éclaircissements donnés par M. Eugen Huber, de vives discussions s'élevèrent, lors des délibérations de la commission des experts.

Suivant Wirz, le peuple souhaitait une réduction des divorces inconsidérés. Le nombre de divorces, en Suisse, était extraordinaire. D'après le bureau des statistiques, il ne se trouvait aussi élevé en aucun des Etats civilisés du monde, — 262 pour 100.000 mariages existants (en Danemark, 164 seulement); 62 0/0 au moins, fondés sur les articles 45 ou 47 de la loi de 1874. — Il en concluait que les mots: « grave atteinte » étaient trop élastiques, et compris différemment de juges différents. Certainement, ajoutait-il, le peuple helvète n'était inférieur à aucun autre au point de vue moral, et s'il s'y rencontrait un nombre de divorces beaucoup plus élevé qu'ailleurs, cela dépendait

précisément de ce que la législation les facilitait trop. Il aurait fallu trouver une formule qui pût être appliquée par le juge avec facilité, fermeté et modération, adopter une expression claire, qui ne lui laissât pas une latitude exagérée.

L'Association des pasteurs optait pour l'adoption d'une clause générale. Il n'est pas de législation qui comprenne, en les épuisant, tous les motifs de divorce. Toute spécialisation enferme, en soi, le danger d'une omission. Pour Burckhardt, l'idéal d'un droit du divorce aurait été celui qui n'aurait contenu qu'une clause générale. C'était uniquement parce que les juges ne se tenaient pas toujours à la hauteur de leur devoir, qu'il était nécessaire d'énumérer des motifs spéciaux. L'attitude différente que prenaient les cantons de la Suisse romane et de la Suisse allemande au sujet de l'application des articles 45 et 47 de la loi sur l'état civil, était typique. Dans les cantons de Zurich, Berne et Thurgovie, de 1886 à 1890, les quatre cinquièmes des demandes en divorce formulées, reposaient sur le fondement des articles 45 et 47, et dans les cantons de Vaud, Neuchâtel et Genève, les trois huitièmes seulement. Cela venait de l'influence exercée par la jurisprudence française, qui ne connaît pas de clause en laquelle puissent être compris les motifs que l'injure grave ne peut en-

glober. En Suisse allemande, l'injure grave était entendue dans le sens strict; en Suisse romane, dans le sens large de *injuria* romaine. Là où manque une clause générale, on oblige les parties à se créer une cause spéciale de divorce. Si la justice fédérale seule avait eu à se prononcer, on aurait pu en rester aux articles 45 et 47 de la loi de 1874 qui étaient, dans ses cours, interprétés de façon ferme; mais elle n'y était que rarement appelée.

On ne pouvait rien inférer du nombre des divorces, opinait Lang, sur l'état moral de la vie de famille. Quand le mariage souffre d'un trouble important, l'évènement déplorable n'est pas le divorce, mais le trouble. La prolongation de l'union, malgré le trouble, n'est conforme ni à la moralité, ni à la dignité du mariage. Le mariage n'est pas une contrainte; où manque ce qui le place au rang de contrat unique, il n'a plus le droit de subsister. Le nombre des divorces étant à peu près stable, ne pouvait être un sujet de craintes (annuellement, 900 divorces, pour 450.000 mariages existants, et 20.000 mariages conclus). Tout dépend de l'existence du trouble dans l'union, et non de la façon dont il s'est manifesté. En supprimant l'article 142, on se serait montré injuste à l'égard des hommes bien élevés qui, malgré l'aversion inspirée par leur conjoint, ne se laissent entraîner ni aux grossiè-

retés, ni aux mauvais traitements. La plupart du temps, c'est la femme qui demande le divorce. (Le quart des demandes annuelles, en Suisse, émane des maris, la moitié, des femmes, et l'autre quart, des deux époux). Eh! bien, la femme ne se décide pas à la légère et elle agit ainsi, cependant. On peut conclure, de là, que le mariage n'est plus conforme à son désir.

Deux choses ont été mises en évidence par les délibérations. La fréquence des divorces n'était pas particulièrement imputable à la loi de 1874, mais aux décisions défectueuses de beaucoup de procédures cantonales. Une conception plus haute du mariage pouvait y obvier à l'avenir. On a reconnu, en second lieu, que le procédé d'énumération d'exemples particuliers, à côté de la clause générale, était trompeur et qu'il fallait éviter de l'employer, si l'on voulait que les motifs spéciaux gardassent leur valeur.

On donne fréquemment à la conception du législateur suisse le nom de divorce par consentement mutuel. Cette expression est inexacte. Le consentement mutuel des deux époux ne suffit pas pour rompre le mariage, il n'est qu'un indice, une présomption grave qu'il existe des motifs de désunion sérieux entre les époux : la cause véritable n'est pas révélée. Le terme convenable ne serait pas même :

divorce pour incompatibilité d'humeur, mais : divorce pour cause grave non divulguée.

Le juge a, dans tous les cas, un pouvoir d'appréciation. On s'est abstenu de remettre le sort du litige entre les mains d'experts trop portés à tenir compte de l'élément individuel, pour reléguer les considérations sociales, qui ne sont certes pas indifférentes à l'arrière-plan.

Dans le cas particulier de demande formulée par un seul des deux époux, il faudra se préoccuper spécialement de la santé physique et mentale du conjoint, et se demander si, d'après les circonstances de l'affaire et la conscience morale du peuple, on est en droit d'exiger du conjoint un pareil sacrifice. Voici un exemple imaginé par M. Eugen Huber : l'épouse d'un buveur est écrasée par les charges du ménage, qui pèsent uniquement sur elle, et les médecins déclarent que, si cette vie continue, elle tombera gravement malade ; mais le juge estime que le départ de la femme priverait les enfants de tout soutien, et que sa présence seule peut opérer le relèvement du mari : pourquoi ne pas lui imposer la continuation de la vie commune ?

En résumé, le juge devra se baser sur ce principe directeur que, les circonstances de chaque espèce étant forcément diverses, c'est au plus près

de sa conscience, qu'il devra répondre. Sa conviction morale sera le guide qui lui fournira la solution de chaque problème. Evidemment, des injustices pourront être commises; mais où trouver meilleur précepte?

DE L'ACTION

§ 1. *Option donnée aux époux entre le divorce et la séparation de corps.* — Le code de 1907 réalise une importante innovation. La loi de 1874 ne connaissait que le divorce. Le juge était tenu de le prononcer dans les cas prévus. Désormais, l'action pourra tendre à la séparation de corps, aussi bien qu'au divorce. Et ce n'est pas seulement aux époux que le droit d'option est reconnu, mais au juge lui-même. Ce dernier ne pourra, d'ailleurs, prononcer que la séparation de corps, si aucun des conjoints ne demande la rupture complète du lien qui les unit. On a ainsi accordé une satisfaction importante aux régions catholiques de la Confédération.

Article 143 : « L'action tend au divorce ou à la séparation de corps ».

Cet article, empreint de libéralisme, a été cependant combattu. Les expériences faites avec le droit antérieur, a-t-on dit, étaient concluantes. Il arrivait

rarement qu'il y eût perspective de réconciliation, et que le juge eût à rejeter la demande de divorce. Du reste, la séparation de lit et de table crée toujours une situation sans consistance, dont on ne peut exiger la prolongation. Il faudrait donc, dans tous les cas, réserver au défendeur le droit de réclamer le divorce par demande reconventionnelle.

Sans doute, le divorce a l'avantage d'aboutir à une situation franche. On peut prétendre que rien ne force les époux catholiques, dont l'union a été dissoute, à violer les règles de leur foi, en se remarquant. Le législateur de 1874 avait été vraisemblablement séduit par ce raisonnement, juste au moins pour le cas de l'époux qui, croyant, se borne à subir le divorce réclamé par son conjoint. Supposons, au contraire, que ce soit précisément celui dont les sentiments religieux sont vifs, qui souffre physiquement ou moralement par le fait de son conjoint; celui-là devra opter entre la résignation à son malheur ou la demande en rupture du lien qui le cause. S'il se résout à ce dernier parti, il sera toujours libre de ne pas contracter un nouveau mariage; mais, disent les casuistes, il sera coupable, au point de vue religieux, parce qu'il aura permis à l'autre de convoler en secondes noces, c'est-à-dire, pour l'Église, de commettre un adultère.

Il n'est pas impossible, pourrait-on objecter encore, que l'Église, qui fut forcée autrefois de tolérer le divorce, revienne sur ses décisions actuelles; cette hypothèse, encore qu'elle se réalise, ce qui est peu probable, ne serait toujours pas d'une réalisation immédiate. Le législateur suisse a donc fait preuve de grande sagesse, en laissant coexister divorce et séparation de corps.

§ 2. *Compétence.* — « Le juge compétent est celui du domicile de la partie demanderesse », (article 144). Cette décision est en opposition complète avec celle adoptée en France, et d'après laquelle le tribunal compétent est celui du domicile du défendeur, conformément aux règles du droit commun (C. pr. art. 59, al. 1). Il semble que ce ne soit pas sans de bonnes raisons, que le code suisse ait statué différemment.

Généralement, les deux époux ont le même domicile. Mais il peut se présenter certains cas où le domicile du mari est fixé en un lieu autre que celui de la femme ou inversement. Tel est le cas d'abandon malicieux. Un individu s'éloigne de son conjoint, sans, bien entendu, faire part de son établissement à la partie abandonnée. Pourquoi obliger l'époux innocent à rechercher le lieu où se dissimule le coupable? Ne valait-il pas mieux l'autoriser à se plaindre au juge dans le ressort duquel il

habite? Celui de deux conjoints qui se serait senti menacé d'une demande en divorce, aurait pu, en allant résider en un canton voisin ou en pays étranger, contraindre l'autre à une procédure difficile, coûteuse et, quelquefois même, impossible. Du reste, c'est généralement au lieu du domicile du demandeur que les causes de divorce sont nées, et le tribunal dans le ressort duquel il se trouve, est certainement le mieux placé pour les apprécier.

En ce qui concerne les étrangers domiciliés en Suisse, les actions intentées par eux sont admises, à condition qu'ils prouvent l'impossibilité, pour eux, de les intenter devant le tribunal de leur lieu d'origine, et que, suivant les lois ou la jurisprudence du pays d'origine, les motifs invoqués et la compétence des tribunaux helvètes y soient reconnus.

§ 3. *Mesures provisoires*. — « Le juge prend, après l'introduction de la demande, les mesures provisoires nécessaires, notamment, en ce qui concerne la demeure et l'entretien de la femme, les intérêts pécuniaires des époux et la garde des enfants ». Art. 145.

Cette formule est insuffisante : de l'avis de M. Eugen Huber, il aurait été utile que le droit fédéral allât plus loin, et décidât de quelle manière ses dispositions devaient être appliquées. On est

amené, naturellement, à se poser la question qu'Hoffmann demandait à la commission des experts de résoudre. Quel est l'élément décisif : la question de culpabilité, ou l'intérêt des enfants ? La proposition Mackenroth de confier ceux-ci à la partie innocente, n'atteint pas le but souhaité. Il aurait fallu donner au juge un précepte directeur et dire : « Ces mesures sont à prendre, exclusivement en vue des soins possibles et convenables, pour l'éducation et l'entretien des enfants ».

DU JUGEMENT

« Le juge est tenu, lorsque une cause de divorce est établie, de prononcer le divorce ou la séparation de corps. »

Il ne peut prononcer le divorce si l'action ne tend qu'à la séparation de corps.

« Lorsque l'action tend au divorce, la séparation de corps ne peut être prononcée que si la réconciliation des époux paraît probable » art. 146.

« La séparation de corps sera prononcée pour un temps déterminé de un, deux ou trois ans, ou pour un temps indéterminé » art. 147.

« Dans le cas de séparation prononcée pour un, deux ou trois ans ou pour un temps indéterminé,

si une réconciliation n'intervient pas, le divorce pourra être demandé » art. 148.

Les articles 146 à 148 contiennent le développement du principe posé à l'article 143. Le code s'écarte du droit antérieur en ce que, lors de l'existence de motifs déterminés, le juge n'est plus obligé de prononcer le divorce, il peut aussi prononcer la séparation. Une seconde innovation consiste en ce que la séparation peut être prononcée pour un temps déterminé ou indéterminé. Pour éviter qu'une séparation pénible ne subsiste contre le gré des époux, chacun d'eux peut s'adresser au juge, lors de l'expiration du temps déterminé et dans tous les cas après trois ans au maximum et celui-ci doit décider entre le divorce et le rejet définitif de la demande.

La séparation de corps a comme le divorce des adversaires acharnés et les sages dispositions du code n'ont pas rallié tous les suffrages. Suivant Lang et Brosi (délibérations de la commission des experts), les expériences faites ne témoignaient pas en faveur de la première. On s'est laissé trop influencer par l'opinion que la fréquence des divorcés permet de conclure à un état de mœurs déplorables. Si l'on prononce la séparation quand l'existence d'un motif déterminé de divorce est prouvée, on aboutit à la création de relations im-

morales; les époux cherchent d'autres liaisons.

On porte, disait, à l'encontre Buckhardt, un jugement défavorable sur la séparation et en beaucoup de lieux on ne l'a pas expérimentée. Elle est cependant susceptible de produire d'heureux effets.

Si l'on avait fait en France où la séparation de corps a été connue pendant plus de cinquante ans, ajoutait Rossel, les expériences désastreuses qu'on prétend, on ne l'y aurait pas consacrée en 1884. Il serait excessif d'imposer le divorce aux conjoints qui pour des motifs particuliers, religieux ou autres, se contentent de la séparation.

Ces raisons ne semblaient pas convaincantes à Gobat. Partisan de la loi de 1874, il estimait qu'elle n'avait pas été une loi brutale mais brusque peut-être, ce qui s'expliquait par le fait que, pendant des siècles, la loi civile avait été soumise à l'Eglise. Le sentiment catholique ne souffre pas, d'ailleurs, tant du divorce comme tel que de la possibilité d'un second mariage. Mais les parties sont libres. Si elles se sentent liées par la loi religieuse, elles ne se remarieront pas; si elles se remarient, elles font acte de liberté de conscience, laquelle leur est garantie par l'Etat. Le juge, lorsque aucune conciliation ne sera survenue pendant la séparation et qu'une demande en divorce sera introduite par l'un des époux, pourra se borner à prononcer la fin

de la séparation. Il créera ainsi une chose qui n'a pas été demandée par les parties : un état de mariage indissoluble mais purement platonique.

Cette dernière observation fait ressortir un vice du système adopté par le code. Après une séparation d'une certaine durée, le juge eût dû être obligé d'accorder aux époux entre lesquels aucun rapprochement n'était survenu, la rupture du lien qui les unissait. Cependant il est à présumer que celui-ci ne prononcera la fin de la séparation que lorsqu'il estimera, en conscience, que la cause de divorce invoquée, n'est pas suffisamment établie.

Dans le cas de demande en divorce, intentée par l'un ou l'autre de deux époux séparés, l'introduction de la nouvelle procédure peut avoir lieu par simple lettre à laquelle sera jointe l'ancienne demande et l'énumération des nouveaux motifs invoqués.

Signalons un fait qui témoigne de la faveur accordée par le peuple suisse à la séparation. Certaines lois d'exécution, entre autres celle de Genève, avaient admis la demande en séparation de corps et appliqué leurs dispositions sans que le Conseil fédéral y mit opposition. La jurisprudence du tribunal fédéral déclarait toutefois cette demande incompatible avec la loi de 1874.

DES EFFETS DU DIVORCE

§ 1. *Condition de la femme.* — « La femme divorcée est maintenue dans la condition qu'elle avait acquise, par son mariage, mais elle reprend le nom de famille qu'elle portait avant la célébration du mariage dissous.

« Si elle était veuve au moment du mariage elle peut être autorisée par le jugement de divorce à reprendre le nom de sa famille, » art. 149.

Un grand nombre de cantons laissaient à la femme le nom du mari. Le projet de 1896 lui donnait le choix entre le nom de son conjoint et le nom de sa famille à elle. Si on avait maintenu cette disposition, il eût fallu réserver à ce dernier et à sa famille un droit d'opposition en cas de divorce prononcé aux torts de la femme.

L'« Union des femmes suisses » avait demandé que l'article 149 fût complété de la façon suivante : « Si elle est innocente, le juge peut lui permettre de continuer à porter le nom du mari. Gmuer, en séance de la commission des experts, appuya cette proposition et renvoya au § 1577 du code civil allemand où la position de la femme est plus avantageuse. Deux raisons, à son avis, devaient déterminer à lui être favorable : le préjudice qui pouvait lui être causé, au point de vue économique,

par le changement de raison de commerce, si elle était commerçante et, au point de vue moral, par la différence de nom entre ses enfants et elle-même.

Mais à lui donner raison, il y eut eu d'autres inconvénients. Que la femme accouchât d'enfants illégitimes sous le nom de son ancien mari, on se serait trouvé grandement embarrassé. On ne pouvait exiger de celui-ci qu'il supportât pareille situation. Le lien conjugal est anéanti par le divorce; on a donc bien jugé en reconnaissant que rien de ce qui pouvait faire croire à sa persistance ne devait demeurer. Quant à la condition de la femme, elle ne permettait aucune erreur à son endroit, il était naturel de la lui laisser.

§ II. *Interdiction de contracter un nouveau mariage.* — « En prononçant le divorce le juge fixe un délai d'un an au moins, de deux ans au plus pendant lequel la partie coupable ne pourra se remarier; en cas de divorce prononcé pour cause d'adultère, le délai peut être étendu à trois ans, » art. 150.

L'idée morale qui a dicté cette disposition est d'évidence, c'est celle qui a conduit souvent le législateur à interdire radicalement le mariage au conjoint adultère. Le code suisse n'a pas voulu prononcer cette interdiction. « Le juge humain, dit M. Eugen Huber, ne peut s'arroger le droit d'appré-

cier une question qui a trait aux côtés les plus intimes de la personnalité ». Il ne sait et ne peut savoir si dans tel cas donné l'interdiction qu'il prononce n'enlève pas au coupable son unique chance de relèvement. « Il s'en est tenu à une interdiction temporaire prononcée moins à titre de peine qu'en vue d'éviter un scandale public. »

Le juge, sous l'empire de la loi de 1874 jouissait déjà de ce pouvoir. Cette mesure prise par lui n'avait qu'une médiocre influence et n'arrêtait pas les époux qui demandaient le divorce moins dans le désir de s'affranchir d'un joug odieux que dans la perspective d'un nouveau mariage préparé déjà pendant la durée du premier.

La commission avait décidé de ne pas créer d'empêchement de mariage entre l'époux adultère et son complice. Il ne fallait pas, suivant Mentha, en introduire même pour un temps limité entre d'autres personnes et pour d'autres raisons; ce serait contraire à l'article 54 de la constitution fédérale. Le délai d'attente institué par la loi de 1874 est inconstitutionnel. Il faudrait au moins ajouter à l'article. « Lorsque le divorce a été précédé d'une séparation provisoire, la durée de celle-ci sera imputée sur le délai d'attente. »

Devait-on appliquer le délai d'attente aux époux divorcés qui désirent se réunir? L'union des pas-

teurs répondait affirmativement, jugeant cette mesure susceptible d'empêcher les divorces inconsidérés tandis que les catholiques souhaitaient que cette réunion fut favorisée afin d'éviter la conclusion précipitée d'une autre union de nouveau malheureuse.

Il est permis de conclure, devant le silence du code, qu'il a entendu se rallier à l'avis des pasteurs. L'interdiction de conclure un nouveau mariage, est destinée à amener celui contre qui elle est édictée, à meilleur entendement. La partie coupable n'offre aucune garantie pour un bon mariage, et le juge peut parfaitement décider qu'il est nécessaire de l'obliger à s'amender, au cas même où elle regretterait sa faute et implorerait son pardon de son conjoint, avec perspective de réconciliation.

§ 3. *Domages-intérêts.* — En vertu des articles 151 et 152, le juge pourra allouer à la partie en faveur de laquelle le divorce aura été prononcé une indemnité convenable, à titre de satisfaction personnelle, lorsque ses intérêts présents ou futurs auront été compromis par le divorce, ou que les faits qui l'ont déterminé constituaient une offense grave. Il pourra, de même, accorder à celui qui tomberait dans le besoin, une pension alimentaire proportionnée aux facultés de l'autre partie, même si le divorce n'était pas imputable à cette dernière.

Il est établi, d'autre part (art. 153), que : « l'époux auquel une rente viagère a été allouée cesse d'y avoir droit, s'il se remarie. La pension alimentaire sera supprimée ou réduite, à la demande du débiteur, si l'ayant droit n'est plus dans le dénûment, ou si la gêne dans laquelle il se trouvait a sensiblement diminué. Il en sera de même, si la pension n'est plus en rapport avec les facultés du débiteur ».

L'indemnité constitue le dédommagement du préjudice causé. Rien n'est plus juste. Quant à la pension alimentaire, on a voulu voir en elle un dernier effet des relations conjugales antérieures. Tous les liens créés par le mariage disparaissant avec lui, le devoir d'assistance ne pouvait, logiquement, lui survivre. Mais, c'est une pensée généreuse qui a guidé le législateur suisse, et l'on ne peut lui faire grief d'une mesure dictée par une considération d'humanité.

Les divers codes cantonaux limitaient l'indemnité et la pension alimentaire, soit au tiers, soit au quart des revenus de l'époux débiteur. (Ainsi, le code de Zurich). C'est au juge qu'il appartiendra désormais de statuer.

§ 4. *Effets du divorce quant aux biens.* — « En cas de divorce, chacun des époux reprend son patrimoine personnel, quel qu'ait été le régime sous

lequel ils étaient mariés. Le bénéfice est réparti entre eux, conformément aux règles de leur régime; le déficit est à la charge du mari, à moins que celui-ci n'établisse qu'il a été causé par la femme.

« Les époux divorcés cessent d'être les héritiers légaux l'un de l'autre, et perdent tous avantages résultant du contrat de mariage ou de dispositions pour cause de mort, faites avant le divorce, » (article 154).

Le mariage étant dissous, le régime destiné à régir les relations des époux n'a plus de raison d'être. Le dernier effet qu'on a pu lui reconnaître est de servir de base à la liquidation des intérêts des deux parties. Pendant la durée de l'union, le mari a pu, en sa qualité de chef de l'association, compromettre, de diverses façons, suivant le cas, la situation des biens de la femme : soit en en disposant, soit en les grevant de charges, soit même, lorsque ses droits sont réduits aux simples droits d'administration et de jouissance, en s'acquittant mal de ses délicates fonctions d'administrateur. Si donc il y a déficit, c'est à lui qu'il incombera d'en supporter la charge. Cependant, il peut arriver que la femme, par un sentiment de défiance, veuille, lorsque le droit lui en est reconnu, gérer elle-même sa fortune personnelle. Lors de cette éventualité

et, d'une façon générale, toutes les fois qu'il y aura faute de sa part, elle devra subir la conséquence de ses actes.

Le projet de 1901 contenait un alinéa prévoyant le cas de séparation de corps. Cet alinéa a été supprimé. Mais il n'en est pas moins certain que, lorsque la séparation excédera une durée d'un an, les époux séparés pourront demander la séparation de biens.

En ce qui concerne la perte des avantages résultant du contrat de mariage ou de dispositions pour cause de mort, faites avant divorce, la règle adoptée semble également logique. Ces libéralités sont faites, la plupart du temps, par un époux à l'autre, en vue de récompenser les vertus manifestées au cours d'une union faite de bonheur et d'affection réciproque. Or, voici que les vertus ont fait place aux défauts, peut-être aux vices, et que l'union est rompue. La haine est présumée avoir pris naissance au cœur du coupable comme de l'innocent, et, par une juste réciprocité, la perte aura lieu, pour l'un comme pour l'autre. Beaucoup de codes cantonaux statuaient différemment.

L'attention des législations cantonales a été attirée par les délibérations de la commission des experts, sur les conventions iniques consenties parfois par les époux, au moment du divorce. Elles

sont invitées à n'autoriser ces sortes de transactions que moyennant approbation donnée par le juge.

§ 5. *Effets du divorce quant aux droits paternels.* —

« Le juge prend les mesures nécessaires concernant l'exercice de la puissance paternelle et les relations personnelles entre parents et enfants, après avoir entendu les père et mère et, au besoin, l'autorité tutélaire », art. 155.

« Celui auquel les enfants ne sont pas confiés est tenu de contribuer, selon ses facultés, aux frais de leur entretien et de leur éducation. Il a le droit de conserver avec eux les relations personnelles indiquées par les circonstances », (art. 156). « Le juge prend les mesures nécessitées par des faits nouveaux tels que le mariage, le départ, la mort du père ou de la mère », (art. 157).

Bien que le code ne s'en explique pas formellement, le juge, s'il estime que ni l'un ni l'autre des époux n'est digne de conserver les droits de puissance paternelle sur la personne des enfants, aura la faculté de les attribuer, soit à un parent, soit à un établissement d'orphelins.

L'élément décisif de la question : culpabilité des époux ou intérêt des enfants, n'a pas été déterminé. Bertoni se méfiait du principe de la culpabilité, parce qu'il arrive que l'époux coupable n'est souvent pas celui déclaré tel par le jugement. On doit

moins redouter l'arbitraire du juge que celui du législateur, et l'on peut s'en remettre à la conscience du magistrat du soin de prendre une décision équitable.

Les liens de parenté ne sont pas rompus par le divorce, et les père et mère, déchus de certains de leurs droits, n'en sont pas moins astreints à la continuation de leurs devoirs vis-à-vis de leurs enfants, ceux-ci n'étant pas dispensés d'obligations à leur égard. Aussi, doivent-ils supporter leur part des frais de leur entretien et de leur éducation, dans la mesure de leur fortune personnelle.

DE LA PROCÉDURE

« La procédure est réglée par le droit cantonal sous réserves ».

La procédure reste soumise aux législations cantonales, mais elles sont averties de ne pas prendre, à ce sujet, des déterminations qui aboutiraient à la suppression de quelque principe reconnu par le code : telle serait, par exemple, l'admission de l'intervention d'une autorité ecclésiastique, dans le préliminaire de conciliation.

Diverses indications leur ont été données par un article ajouté au projet de 1901, l'article 184 *bis*, qui n'a pas été reproduit : « 1^o Le juge n'est tenu

d'accepter pour vrais les faits invoqués comme motifs de divorce ou de séparation que lorsqu'il s'est convaincu, par un examen particulier, de leur exactitude.

2^o Les éclaircissements des parties ne sont pas en eux-mêmes suffisants pour prouver l'exactitude des faits invoqués.

3^o Le serment des parties est également sans valeur à cet effet.

Conformément, à la loi de 1874, un certain nombre de cantons avaient déjà réformé leurs codes et lois antérieures, ainsi, les cantons de Vaud (L., 31 août 1875), Fribourg (27 novembre 1875), Genève (5 avril 1876), Soleure (Décret, 12 mai 1881), Zurich (Code révisé, 1887), Saint-Gall (Loi, 27 novembre 1878). Il est probable que cet exemple sera suivi, lors de l'application, en 1912, du code de 1907, sur tout le territoire de la Confédération.

Le projet de 1901 réglementait la publicité du divorce. Il devait être inscrit au registre de l'état civil du lieu où les époux étaient domiciliés à l'époque du mariage et du lieu d'origine. En rédaction définitive, on a laissé au droit cantonal le soin de statuer sur la façon dont la publicité serait effectuée.

CONCLUSION

Le code suisse est conçu dans un esprit très libéral, on peut en trouver la preuve en l'un ou l'autre de ses titres divers; mais là où ce libéralisme se manifeste le mieux, c'est certainement dans la partie consacrée au divorce. Le plus grave reproche qu'on serait tenté de lui faire serait de s'être par trop tenu dans le domaine des généralités, d'avoir posé des principes sans en développer suffisamment les conséquences; il en est ainsi, notamment des articles réglementant l'attribution des droits paternels; mais il faut se garder d'oublier que les effets accessoires du divorce de même que la procédure restent soumis aux législations cantonales.

Tout en constatant qu'en fait, il faudra attendre la mise en vigueur du code, bien plus, attendre que cette application ait eu lieu depuis quelques années, pour se prononcer définitivement sur l'efficacité des mesures prises, on peut dès mainte-

nant louer ses prescriptions envisagées dans leur ensemble. Il a le grand mérite d'avoir suivi l'inspiration fournie par ses anciens codes cantonaux et par les législations modernes qui ne limitent pas au fait de l'un des époux la possibilité pour l'autre de demander le divorce. Il est intéressant, à cet égard, de le rapprocher de la loi française de 1792 qui connaissait comme motifs de rupture du lien conjugal : l'inconduite notoire, l'abandon malicieux pendant deux ans, les sévices et injures graves, la condamnation criminelle, la démence, folie ou fureur de l'un des époux, l'absence pendant cinq ans, l'incompatibilité d'humeur, l'émigration dans les cas prévus par la loi.

Il est une cause de divorce que nous avons rencontrée dans les cantons appartenant à la famille germanique et à Saint-Gall, c'est l'impuissance. On ne peut parler de cette dernière sans toucher en même temps à la question de la stérilité. Ces deux situations peuvent se rencontrer à l'état isolé ou réunies. Résultant l'une et l'autre de malformation, maladies ou accidents, elles sont soumises, suivant le cas, à des difficultés de preuve plus ou moins grandes dans le détail desquelles nous n'entrerons pas. Remarquons simplement que l'*impossibilitas coeundi* prend aux yeux de l'Eglise une importance capitale et qu'elle n'hésite pas pour ce motif

à annuler un mariage valable de par ailleurs. Le rédacteur du code n'envisage aucune des deux hypothèses. Il n'en fait un motif ni de nullité de mariage ni de divorce. A-t-il eu l'intention de les comprendre implicitement dans les causes graves destinées à n'être pas divulguées et qui tombent sous le coup de l'article 142? A notre avis il aurait dû s'en expliquer franchement. Quelle que soit l'opinion que l'on se fasse des fins du mariage, on doit, lorsqu'on admet que l'un des époux peut se libérer d'une union que la folie de l'autre rend insupportable, admettre à plus forte raison, qu'il peut le faire soit dans l'un, soit dans l'autre des cas que nous avons cités.

En supposant qu'une réforme législative intervienne en France, il serait bon, la repopulation étant une de nos grosses préoccupations, d'ouvrir la porte large aux demandes basées sur une maladie incurable et héréditaire, pour sauvegarder, autant que faire se pourrait, par ce moyen, l'avenir de la nation. Il conviendrait naturellement de s'entourer de toutes les précautions nécessaires pour ne pas tomber dans l'abus, l'avis des médecins étant requis en tout état de cause. Cette opinion a déjà été émise, au moins en ce qui concerne l'aliénation incurable (1).

(1) V. E. Faguet. *Revue Bleue*. Paris, 1902, p. 812.

On peut regretter encore que le législateur suisse ne se soit pas préoccupé de la question de l'absence. Elle n'implique pas, comme l'abandon malicieux, un élément de mauvais dessein; néanmoins, elle aboutit dans ses conséquences aux mêmes résultats. L'absent en s'éloignant est resté la plupart du temps étranger à toute pensée de rupture des relations conjugales; c'est un fait indépendant de sa volonté qui a créé la situation où il se trouve. L'incertitude est grande à son sujet. Est-il mort? Est-il vivant? A-t-on le droit d'imposer à son conjoint un veuvage fictif d'une durée souvent considérable, en lui interdisant de demander le divorce et de se remarier (l'action en divorce étant destinée à parer à l'éventualité d'un retour)? Quoiqu'il en soit, les inconvénients du système adopté en Suisse sont moindres que chez nous, la déclaration d'absence pouvant être requise un an après la disparition de l'absent en danger de mort, ou cinq ans après les dernières nouvelles, données par lui.

Parmi les causes déterminées de divorce, il en est une, l'injure, qui attire particulièrement l'attention; déterminer son domaine est chose fort difficile pour ne pas dire impossible. Tout au moins pourrait-on établir quelques règles fondamentales à son sujet. Le code suisse, comme la plus grande part des législations étrangères, s'est abstenu de le

faute. Il est commode de faire entrer dans la compréhension de ce terme des actes d'ordre très divers. Notre jurisprudence n'a pas échappé à l'écueil et a faussé la notion de l'impure en admettant comme causes de divorce des faits sans rapport aucun avec le mariage (1).

La clause générale formulée en l'article 142, appliquée avec modération est appelée à produire d'heureux résultats. N'aurait-elle pour effet que de supprimer les comédies infâmes auxquelles se livrent, chez nous, les époux désurant le divorce sans avoir, pour l'obtenir, de motifs admissibles, il faudrait l'en féliciter. Le législateur s'est efforcé de restreindre le plus possible le domaine de l'arbitraire. Il exige l'existence de causes graves de désunion, mais permet aux conjoints de conserver leur dignité en les laissant libres de taire leurs griefs.

Le mérite le plus grand du code suisse est d'avoir su remonter un courant d'idées hostiles à la séparation en permettant aux époux de la demander dans tous les cas où l'action en divorce eût pu être intentée avec succès. Ce mérite est tout relatif, mais on aurait mauvaise grâce à ne pas le mettre en lumière, d'autant que le précédent de la loi de

(1) V. J. Haler. Développement de la jurisprudence en matière de divorce. — Revue de l'enseignement supérieur de Grenoble, 1894, tome VI, p. 447.

1874 ne laissait pas espérer la réalisation d'une telle mesure.

Ce code ne réalise pas la perfection absolue. Mais la perfection peut-elle être atteinte en cette matière? Et, d'ailleurs, que peut-on lui reprocher? D'avoir établi des règles trop générales? De n'avoir pas assez spécifié? Ne comprend-on pas que, dans un pays où les coutumes, les mœurs, les religions, les climats sont si divers, la loi doit être assez souple pour se prêter aux besoins de tous ceux qu'elle régit et qu'il faut pour cela qu'elle reste très générale?

Il n'est pas de matière, à coup sûr, dans notre propre droit, qui ait davantage sollicité l'attention des juristes, des philosophes et des penseurs et soulevé plus de controverses. Faut-il s'étonner, après cela, que le législateur, dont la préoccupation doit être d'établir l'harmonie entre les principes et les faits, soit si embarrassé pour établir des règles embrassant tous les cas?

Chez nous aussi, l'on peut dire que la loi du divorce n'est pas parfaite. « Il faut, disent les frères Margueritte, remanier, assainir, affranchir le régime du divorce, il faut qu'il trouve son extension complète (1). » Ce qu'il faut surtout, c'est ne pas

(1) P. et V. Margueritte. Mariage et divorce. Paris, 1900, p. 10.

perdre de vue que le divorce n'est qu'un remède et s'efforcer, par suite, de le rendre moins fréquent, non par la sévérité des textes, mais par la moralisation des individus. Ce qu'il faut, c'est inspirer à tous les citoyens une plus haute conception du mariage, insister davantage sur les obligations qu'il engendre et un peu moins sur les droits qui peuvent en faire provoquer la rupture.

Vu, le président de la thèse :

ALBERT TISSIER.

Vu, le doyen :

P. CAUWÈS.

Vu et permis d'imprimer :

Le vice-recteur de l'Académie de Paris,

L. LIARD.

TABLE DES MATIÈRES

AVANT-PROPOS	9
------------------------	---

PREMIÈRE PARTIE

Droit canon. — Réforme. — Coutume	15
Sources des différents codes mis en vigueur depuis 1804 dans les divers cantons de la Suisse.	23
Cantons qui se sont inspirés du code civil français	28
Cantons restés fidèles aux traditions romaines.	30
Cantons appartenant à la famille germanique (1830 à 1850).	32
Cantons appartenant à la famille germanique (légis- lations récentes).	35
Cantons possédant seulement des lois spéciales sur le droit civil et cantons réduits à d'anciens coutu- miers	46

DEUXIÈME PARTIE

Loi fédérale du 24 décembre 1874 sur l'état civil et le mariage.	49
Travaux préparatoires du code civil de 1907.	67

TROISIÈME PARTIE

Code civil du 10 décembre 1907.	75
Des causes du divorce. — § 1 ^{er} . Causes déterminées.	75
§ 2. Cause indéterminée.	92

De l'action. — § 1 ^{er} . Option donnée aux époux entre le divorce et la séparation de corps.	100
§ 2. Compétence.	102
§ 3. Mesures provisoires	103
Du jugement.	104
Des effets du divorce. — § 1 ^{er} . Condition de la femme.	108
§ 2. Interdiction de contrac- ter un nouveau mariage.	109
§ 3. Dommages-intérêts	111
§ 4. Effets du divorce quant aux biens.	112
§ 5. Effets du divorce quant aux droits paternels	115
De la procédure.	116
CONCLUSION.	119

